

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE FILOSOFÍA



TESIS DOCTORAL

La racionalización formal y material del derecho

**Un análisis filosófico sobre activismo judicial, democracia y
división de poderes**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Annemaxmille Mendes Quezado Ferrández

Directores

José Luis Villacañas Berlanga
Hans Ulrich Gumbrecht

Madrid, 2019

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE FILOSOFÍA



TESIS DOCTORAL

**LA RACIONALIZACIÓN FORMAL Y
MATERIAL DEL DERECHO**

Un análisis filosófico sobre Activismo Judicial,
Democracia y División de Poderes

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA
PRESENTADA POR

ANNEMAXMILLE MENDES QUEZADO FERRÁNDEZ

Directores:

Prof. Dr. José Luis Villacañas Berlanga

Prof. Dr. Hans Ulrich Gumbrecht

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE FILOSOFÍA

**LA RACIONALIZACIÓN FORMAL Y
MATERIAL DEL DERECHO**

Un análisis filosófico sobre Activismo Judicial,
Democracia y División de Poderes

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA
PRESENTADA POR

ANNEMAXMILLE MENDES QUEZADO FERRÁNDEZ

AGRADECIMIENTOS

Ha llegado el momento de finalizar este trabajo, lo que parecía inalcanzable, y quisiera agradecer a todos los que de alguna manera contribuyeron a este desafío. Sin vuestro apoyo hubiera sido mucho más dura su realización. El presente trabajo no podría haberse llevado a cabo sin el imprescindible papel que ha ejercido José Luis Villacañas Berlanga, es un honor para mí tenerlo como director. Le agradezco inmensamente su trabajo, su afectuoso apoyo y estímulo intelectual, sus lúcidas explicaciones, la confianza y la paciencia demostradas a lo largo de estos años que permitieron que todos los baches pasaran sin mayores consecuencias; por todo su esfuerzo, sus consejos y críticas, y su corazón generoso, muchas gracias.

Con la misma gratitud y satisfacción, agradezco a mi codirector Hans Ulrich Gumbrecht, con quien he compartido durante los tres meses de mi estancia en la Universidad de Stanford muchos momentos gratificantes e inolvidables de mi vida. Igualmente estoy muy agradecida a la profesora Tereza Orozco, por sus orientaciones durante mi experiencia Erasmus en la Universidad Freie de Berlín. Gracias a ambos por haber aportado tanto a esta tesis.

Por supuesto quiero expresar mi agradecimiento por la inestimable atención y ayuda prestada por el personal de la Biblioteca de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid, sobre todo por Miguel Ángel Ribera Martín y Rufino Lancho Pedraza; la Biblioteca María Zambrano, en la persona de Juan López; la Biblioteca de la Universidad Freie de Berlín y la Biblioteca de Stanford, que me ayudaran durante la fase de investigación bibliográfica y estuvieron muy presente en todo el desarrollo de este trabajo.

Quisiera encontrar las mejores palabras para agradecer a mi querido Víctor García, que siempre me ha incentivado en mis estudios, por su paciencia y por su ayuda en la corrección del castellano. Estoy agradecida también a mis queridos compañeros Raulino Palha de Miranda, Genilson Rodrigues Carrero, Verônica Capócio, Sol Fernández de Mosteyrín y Javier Gómez por el apoyo prestado en todo momento y por su amistad. A todos vosotros, mi más sincero y profundo sentimiento de gratitud. Sin vuestra ayuda no habría sido posible realizar este trabajo.

Y finalmente, dedico esta obra a la memoria de mi padre, José Alves Quezado, que me enseñó siendo, a mi madre, mi puerto seguro, y a mis amados hijos Pedro Javier y David Martín, verdaderos encantos divinos en mi vida.

«Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra».

Immanuel Kant, «La Metafísica de las Costumbres» Madrid: Alianza Editorial, 1981.

«El problema que se nos presenta, en efecto, no es estrictamente filosófico, sino jurídico, y en sentido más amplio político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son esos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el método más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean violados continuamente».

Norberto Bobbio, «Presente y Porvenir de los Derechos Humanos», Anuario de Derechos Humanos, n° 1, 1981.

«En este mundo no se consigue nunca lo posible si no se intenta lo imposible una y otra vez».

Max Weber, «La política como vocación» en El Político y el Científico. Madrid: Alianza Editorial, 1981.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	13
RESUMEN	15
ABSTRACT	21
INTRODUCCIÓN: LAS PREGUNTAS QUE ORIENTAN ESTA INVESTIGACIÓN - ¿CÓMO ACTÚA Y CUÁL ES EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN LAS CUESTIONES POLÍTICAS? ¿HAY QUE REPENSAR LA DIVISIÓN DE PODERES?	27
PRIMERA PARTE.....	35
CAPÍTULO 1 DE LA JUSTICIA AL JUICIO	37
1.1 EL LEGALISMO Y LA JUSTICIA.....	37
1.1.1 Justicia: entre la ley y el derecho	37
1.1.2 La Justicia como problema filosófico	43
1.1.2.1 Diké: de Platón a Aristóteles.....	43
1.1.2.2 Kant y el problema de la justicia	53
1.1.2.3 Los últimos kantianos: Rawls y Habermas	65
1.1.3 Carl Schmitt: Ley y Juicio - sobre la praxis judicial.....	76
CAPÍTULO 2 RACIONALIZACIÓN MATERIAL DEL DERECHO EN EL PENSAMIENTO SOCIAL CONTEMPORÁNEO	83
2.1 EL PUNTO DE PARTIDA EN GEORGE JELLINEK.....	84
2.2 Kelsen Y LA REDUCCIÓN DE JUSTICIA A LEGALIDAD	88
2.3 MAX WEBER: LA RACIONALIZACIÓN FORMAL Y MATERIAL DEL DERECHO	106
2.3.1 Unos conceptos fundamentales.....	107
2.3.2 Racionalización jurídica	115
2.3.3 Racionalización material y la actividad creadora del derecho.....	119

CAPÍTULO 3 UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA DIVISIÓN DE PODERES: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LA SUPERACIÓN DEL FORMALISMO CONSTITUCIONAL.....	133
3.1 LA DIVISIÓN DE PODERES	133
3.1.1 Origen de la división de poderes en la Ilustración	141
3.1.2 La teorización de la división de poderes en la arquitectura constitucional de los Padres Fundadores.....	161
3.1.3 Evolución y adaptación en las sociedades modernas	172
3.1.3.1 Sociedades Políticas Presidenciales: Estados Unidos y Brasil	175
3.1.3.1.1 Estados Unidos de América.....	175
3.1.3.1.2 Brasil.....	181
3.1.3.2 Sociedades Políticas Parlamentaristas: Alemania y España	188
3.1.3.2.1 República Federal de Alemania	188
3.1.3.2.2 España.....	196
3.2 LA DIVISIÓN DE PODERES Y LAS SOCIEDADES ACTUALES	202
3.3 DERECHOS FUNDAMENTALES, DEMOCRACIA Y JUSTICIA MATERIAL.	206
3.4 LAS CONSTITUCIONES CON ELEMENTOS «SIMBÓLICOS» Y LA IMPORTANCIA DEL ACTIVISMO JUDICIAL	210
SEGUNDA PARTE	217
CAPÍTULO 4 SOCIEDAD Y DERECHO: DEMOCRACIA Y EL PODER CIUDADANO Y SU RELACIÓN CON EL PODER JUDICIAL.....	219
4.1 EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL Y LA INNOVACIÓN EN LA DIVISIÓN DE PODERES.....	219
4.2 LA INDEPENDENCIA JUDICIAL.....	229
4.3 LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y JUSTICIA MATERIAL	233
4.4 LOS LÍMITES DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DEL PODER JUDICIAL.....	236
4.5 EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD	240
4.6 BREVE ANÁLISIS SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL, LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA.....	243
4.6.1 Del activismo judicial.....	246
4.6.2 De la judicialización de la política	250
4.6.3 De la politización de la justicia.....	257
4.7 EL ACTIVISMO JUDICIAL, LA FUNCIÓN SOCIAL Y POLÍTICA DEL PODER JUDICIAL Y LA REDEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA: ESTUDIO DE CASOS	261

4.8 CONCLUSIÓN	276
CAPÍTULO 5 BRASIL, ESTADOS UNIDOS, ESPAÑA Y ALEMANIA: EL ACTIVISMO JUDICIAL Y EL DERECHO COMPARADO.....	283
5.1 INTRODUCCIÓN	283
5.2 REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL.....	285
5.2.1 Breve historia de las constituciones de Brasil	285
5.2.2 La Constitución de 1988.....	293
5.2.2.1 Instrumentos para el control de la constitucionalidad.....	293
5.2.3 El Tribunal Supremo Federal.....	299
5.3 ESPAÑA.....	305
5.3.1 Breve historia del poder judicial español.....	305
5.3.2 El sistema jurídico europeo como inspirador del activismo judicial en España.....	312
5.4 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA	319
5.4.1 La Constitución de Estados Unidos y sus enmiendas.....	319
5.4.2 El sistema jurídico estadounidense.....	326
5.4.1 El Tribunal Supremo y el origen del activismo judicial	328
5.4.1.1 Elección de los jueces en los Estados Unidos.....	331
5.5 REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA.....	334
5.5.1 El Constitucionalismo en Alemania.....	334
5.5.2 Sistema jurídico alemán y la Unión Europea.....	338
5.5.2.1 Acceso a la Corte Constitucional Federal	339
5.5.2.2 La elección de los jueces en la República Federal de Alemania.....	341
CAPÍTULO 6 EL ACTIVISMO JUDICIAL, SUS SOCIEDADES Y EL FUTURO: POSIBLE EVOLUCIÓN Y NUEVAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN.....	343
6.1 ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS DATOS.....	343
6.2 EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA SOCIEDAD EN LA VISIÓN DE LOS ENTREVISTADOS	351
6.3 LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN DE CONTINUACIÓN DE ESTE TRABAJO....	364
CONCLUSIONES	371
CONCLUSIONS.....	377
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	383
ANEXOS	399

ABREVIATURAS

BverfGE: Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht*)
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
CNJ: Consejo Nacional de Justicia (Brasil)
Coord./es: Coordinador/Coordinadores
Dtor./Dtores: Director/Directores
DDHC: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
LOTG: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (España)
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
OMT: *Outright Monetary Transactions*
Op. cit.: *Opus citato*, obra citada
p./pp.: Página/Páginas
STCFA: Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán
STF: Tribunal Supremo Federal (Brasil)
STJ: Tribunal Superior de Justicia (Brasil)
STJ-UE: Sentencia del Tribunal de Justicia (Unión Europea)
TCFA: Tribunal Constitucional Federal Alemán
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS: Tribunal Supremo (España)
Trad.: Traductor
UE: Unión Europea
Vs.: *Versus*

RESUMEN

Somos todos conscientes de que la acelerada expansión jurídica, la demanda de justicia, el protagonismo del poder judicial y su creciente influencia en la vida cotidiana de las personas son hechos políticos, quizás algunos de los más importantes de este siglo, y, por lo tanto, deben ser analizados, discutidos y no ignorados. El famoso libro de Ran Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, publicado por Harvard en 2004, que utilizamos aquí para tratar del tema del nuevo constitucionalismo, traza ese movimiento mundial de intensificación de transferencia de poder de las instituciones representativas a los órganos judiciales, al que él llama de *juristocracia*. El fenómeno consiste básicamente en los condicionamientos que las decisiones judiciales suponen para los actores políticos, que ven restringido de forma considerable el campo de su actuación basada en reglas de mayorías democráticas. Sin embargo, el nuevo constitucionalismo, que atiende muchas veces aspectos de la vida política comprometidos por los acuerdos internacionales vinculantes, no es el único fenómeno que muestra la profunda transformación de la presencia de la judicatura, en todos sus niveles, sobre la vida democrática de nuestras sociedades. Junto a él, tenemos la extrema judicialización de la vida política, que es un síntoma de la profunda incapacidad de la clase política para resolver y regular sus propios conflictos internos y asumir criterios estrictamente políticos de responsabilidad, por lo que problemas propios de su esfera van a parar a cuerpos judiciales que de esta manera se convierten en mediadores políticos. Y de forma expresamente simétrica a esta judicialización de la política, observamos una politización de la judicatura. En efecto, conscientes todos los actores de la mayor incidencia y peso de la justicia en la vida democrática, todos los actores políticos se entregan a una pulsión de influir en los nombramientos de jueces y fiscales, intentando disminuir su independencia para así prever un trato favorable cuando esas mismas instancias, bien por las imposiciones del nuevo constitucionalismo, bien por la judicialización de la política, tengan que decir sobre asuntos que les conciernen. Y por si fuera poco, recientemente se ha presentado lo que podemos llamar populismo judicial, fomentado de forma descarada en aquellos países que cuentan con instituciones como la acusación popular, que convierte a cualquier ciudadano en un órgano de la justicia y que sobrecarga las actuaciones del tercer poder con denuncias que responden a la violación de hipotéticos derechos subjetivos, que en ocasiones movilizan a las víctimas de determinados delitos hasta convertirlas prácticamente en legisladores populares.

Conviene pues diferenciar todos estos fenómenos, trazar una fenomenología de todos ellos, y seleccionar aquel en el que deseamos incidir en este trabajo, pues consideramos que debe ser cuidadosamente distinguido de los que acabamos de esbozar. Se trata del fenómeno del activismo judicial.

Antes de comenzar el estudio propiamente dicho, parece conveniente que aclaremos y situemos la investigación en su justo alcance. En el activismo judicial la ley, que era la parte protagonista del positivismo y que aseguraba el vínculo entre la actividad jurisdiccional y la soberanía popular, sigue, obviamente, siendo esencial. Por lo tanto, el activismo judicial no altera la división de poderes clásica y eso es algo que intentaremos demostrar en esta tesis. Sin embargo, desde el activismo judicial se es consciente de que la ley por sí misma, en muchos casos, ya no es suficiente para guiar al juez en su decisión y que se debe recurrir a los principios supremos de la Constitución, a los valores del ordenamiento jurídico y los tratados internacionales y se debe oír las demandas de la sociedad, así como conocer otras fuentes del derecho supranacionales, como puede ser la jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos. En definitiva, como ha dicho Garapon «*la ley se convierte en un producto semiacabado que el juez ha de acabar*»¹. El activismo judicial será tratado aquí, por lo tanto, como una actitud en este acto de perfeccionar ese producto que es la ley, sin tener que recurrir a las formas míticas tradicionales con las que se intentaba resolver este mismo problema, como aquellas fórmulas de *lex animata* o equivalentes.

Ahora bien, no se trata solo de perfeccionarla, sino que el activismo judicial se propone buscar las mejores alternativas dentro del ordenamiento jurídico, y decidir por la decisión más justa (o menos injusta) para cada caso concreto, considerando siempre el potencial de los textos legales. En este sentido, nos referimos a la actividad jurisdiccional y sus métodos de interpretación. Y desde luego, lo hacemos en una interpretación progresista, utilizando la clasificación del autor Cass Sunstein, que veremos más adelante.

Es importante decir que cuando hablamos de la necesidad de oír las demandas populares, ello no quiere decir que ellas sean la pauta a seguir por los magistrados y que sus decisiones estén totalmente desligadas de lo que determina el ordenamiento jurídico y puedan proceder de un modo arbitrario, pues en tal situación estaríamos fuera de la legalidad y podríamos llegar al extremo de que los movimientos en las redes sociales

¹ Antonie Garapon. *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*. Trad. francés Manuel Escrivá de Romaní. (*Le Gardien des Promesses. Justice et démocratie*. París: Ed. Odile Jacob, 1996). Madrid: Flor del Viento Ediciones, 1997, p. 34.

condicionaran el veredicto de los casos más mediáticos, dando lugar a un fenómeno extremo de populismo judicial. Con activismo judicial más bien queremos decir la posibilidad de ponderar esas demandas y de darles una respuesta, aunque no sea en sentido afirmativo, pero sí tomarlas en consideración y que puedan formar parte de la justificación del veredicto. De esta manera, el debate en la sociedad se enriquece; el discurso jurídico-político llega a la ciudadanía como algo más cercano y, además, el poder judicial muestra que no es ajeno a lo que pasa en la sociedad y que una de sus principales funciones es proteger los derechos reconocidos y defender y promocionar los valores y principios constitucionales. En suma, se trata de una obligación de lo que consideramos la dimensión soberana del poder judicial, que obviamente invoca en última instancia al pueblo, pero que debe ser cuidadosamente pensada. Porque, como bien ha señalado Dieter Grimm hablando de Alemania, a partir de la experiencia de suspensión completa de los derechos fundamentales durante el período del nazismo, los redactores de la Ley Básica llegaron a la conclusión de que no era suficiente promulgar una Declaración de Derechos, sino que también era necesario apoyar los derechos institucionalmente². En este sentido, se trata de pensar el poder judicial en el seno de un concepto democrático de soberanía, con respecto de la división de poderes. En este sentido, esta tesis es de filosofía política, aunque su objeto de estudio sea el poder judicial.

Para orientarnos en nuestra investigación evaluaremos algunas sentencias judiciales de los diferentes países aquí investigados –Brasil, España, Alemania y Estados Unidos– intentando identificar algunos indicadores cualitativos y dar una explicación para ellos, así como utilizarlos para encontrar formas de maximizar las posibilidades del activismo judicial, sin que con eso se viole ninguna separación de poderes ni se produzca ninguna usurpación de poder por invasión de esferas del legislativo o del ejecutivo. El activismo judicial no se presta a ignorar las pautas normativas advenidas del poder legislativo, sino todo lo contrario. Es consciente de la importancia de concretar los derechos previstos en las normas jurídicas dictadas por las autoridades elegidas democráticamente y, de que la positivización de estos derechos, aunque sea condición necesaria para que sean efectivos, muchas veces no es condición suficiente. Y es exactamente ahí donde entra el activismo judicial. Por lo tanto, no se trata de reemplazar a los representantes electos, sino de asumir su rol de actor político capaz de solucionar

² Dieter Grimm, “The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany”. *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 13. Issue 1, 1 January 2015, pp. 9-29.

las controversias que les son presentadas, así como corregir las problemáticas del proceso político y social, que también son llamados a resolver.

Lo cierto es que el nuevo cauce que ha tomado la relación entre política y derecho exige una posición de intervención del poder judicial, sea como guardián de la constitución, como árbitro o fiscal, o como mediador en algunos conflictos políticos. De esta manera, no se trata de una preferencia en participar en los temas sociopolíticos, sino más bien de un llamamiento de la sociedad que pretende ordenar sin extralimitaciones las crecientes demandas que una sociedad compleja reclama de la justicia. Si la sociedad, de un modo general, mediante sus representantes políticos directos, se percibe incapaz de defender sus derechos e intereses de manera autónoma y suficiente, entonces las instituciones, sobre todo las instituciones de justicia se sitúan en el centro de las demandas de la población y han de asumir este papel de actuar para protegerla. Es en esta actuación afirmativa, proactiva, que prioriza la defensa de los derechos fundamentales donde ubicamos el activismo judicial. Como tal se convierte en una instancia que actúa proponiendo a la sociedad un sentido de lo justo que tiene efectos democráticos inequívocos y que goza de la legitimidad de no afirmarse contrario al principio de la legalidad. Es por eso por lo que el activismo judicial es relevante para la cuestión de la definición operativa del concepto de justicia. Y esto hace de nuestra investigación una tesis de filosofía política también por su propio objeto. Eso explica que tengamos que introducir un capítulo acerca de los problemas tradicionales insolubles de este concepto y los dilemas que ha producido. Nosotros alojamos este concepto de justicia en el contexto del activismo judicial.

En este sentido, no cabe duda de que el activismo judicial es una útil herramienta que debe ser utilizada en la práctica jurídica por los jueces para concretar los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, corregir las injusticias de los casos concretos y, así, proteger la propia «estructura de la Constitución»³ y consolidar la democracia en la sociedad. Ahora bien, exactamente porque está vinculado a la consolidación de la democracia, debe ser normativizado, transparente, democrático y estar basado en las normas, principios y valores constitucionales. Es lo que pretendemos defender en esta tesis.

De acuerdo con estas ideas, entiendo que no es posible separar los preceptos constitucionales y los datos del caso concreto, el contenido del derecho y la realidad

³ Greg Jones. "Proper judicial activism". *Regent University Law Review*. Vol. 14. 2010, pp. 140-179.

social, y el activismo judicial viene justamente para permitir una mayor unión en estas relaciones, reconstruyendo sus vínculos, ofreciendo un sentido de lo justo capaz de conformar un sentido común acerca de lo justo en cada caso, y enfrentando con nuevos ímpetus el rol de la justicia en la sociedad contemporánea. Bajo el mandato de la ley, sin tomar en consideración los principios, los valores constitucionales y su propio contexto con relación a la Constitución y los tratados internacionales, corremos un serio riesgo de hacer desaparecer, en muchas situaciones del caso concreto, el contenido mismo de la norma, la necesaria conectividad entre el *deber-ser* y el *ser*. Es decir, el puro mundo de la norma (una especie de método normológico puro) sin posibilidad de conectarse con el caso concreto, con lo empírico, convierte todo el proceso jurídico en algo sin substancia, meramente formal. Y es exactamente eso lo que intenta evitar el activismo judicial. Porque un *ser* sin *deber-ser* retira la propia esencia de la norma jurídica. Entiendo, por lo tanto, que hay que buscar ese espacio normativo para pensar bien el activismo judicial, quizás empezando por repensar la dimensión constitucional de las relaciones entre el derecho y política, intentando darnos cuenta de que el constitucionalismo democrático actual posee prioridades, tales como la dignidad de la persona humana; la necesidad de que el ámbito de protección de los derechos constitucionales sea ampliado a todas las esferas del derecho, etc.

Ahora bien, decir que el positivismo legal no es suficiente para responder a las demandas de las sociedades modernas no significa que no identifiquemos el derecho como un elemento de la soberanía popular, o que sugiramos que los jueces podrían crear el derecho conforme a sus convicciones y su criterio personal. Más bien afirmamos todo lo contrario. Los jueces deben basarse siempre en argumentaciones jurídicas racionales⁴ sobre la base del ordenamiento legal y necesitan justificar las razones de la aplicación de determinado principio, valor o proposición normativa y eso sin excepción. Exactamente por ser conscientes de la magnitud del mandato legal y su relación directa con la democracia y la soberanía popular, defendiendo el activismo judicial lo que se defiende es justamente que se concrete este derecho en su dimensión más amplia; que la Constitución no sea una mera hoja de papel, sino que tenga fuerza normativa real y

⁴ Sobre este tema ver Robert Alexy. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Dicha teoría junto con el procedimiento de la ponderación de los valores se reveló como un importante mecanismo en la búsqueda de la decisión más correcta y justa para el caso concreto.

concreta, que conecte la racionalidad formal de la norma con los contenidos materiales que determinados derechos buscan proteger en su interpretación democrática. El profesor de derecho del *Illinois Institute of Technology* Randy E. Barnett, trata de discutir sobre esta distinción de posiciones entre el conservadurismo judicial *versus* activismo judicial de principios⁵. Dice el autor que, para los juristas conservadores, los jueces son los «lugartenientes de la legislatura»⁶ que reciben sus órdenes de marcha en forma de estatutos y creen que la autoridad judicial se extiende solo a la aplicación judicial de la ley promulgada por la mayoría requerida de representantes debidamente elegidos, ya sea un estatuto o la Constitución. Afirma así que los conservadores temen razonablemente la «tiranía del poder judicial» y que, para ellos, la legitimidad proviene de la voluntad popular o de la mayoría. Sin embargo, de acuerdo con los activistas judiciales de principios, los jueces deben seguir la ley, pero aquí la ley se extiende más allá de las promulgaciones legislativas positivas de leyes parciales, y permite abarcar las normas sustantivas de valores fundamentales y los estándares utilizados por los jueces en la evaluación de la legislación. Por supuesto, no defendemos aquí que el poder judicial se convierta en tirano, sino solo que es preciso repensar la forma como se hace el Derecho y su nuevo rol en la sociedad justo para distinguirlo de formas que son claramente más peligrosas para su independencia y su racionalidad interna. Por eso esta tesis se sitúa bajo el problema de la racionalidad y pretende mostrar el sentido interno en que esa racionalidad puede ser material, en un sentido que se inspire en la famosa distinción weberiana.

Intentaré en estas páginas hacer ver que el activismo judicial debe ser visto como una herramienta asociada a esta nueva forma de ver el Derecho. Una herramienta ligada al efecto expansivo de las normas constitucionales en todo el ordenamiento jurídico difundido por el neoconstitucionalismo, que busca a través de su fuerza normativa dar efectividad a las reglas, principios y derechos previstos en la Constitución.

Palabras clave: activismo judicial, nuevo constitucionalismo, función del poder judicial, protagonismo, creación de derecho, democracia, derecho, filosofía política.

⁵ Randy Barnett. "Foreword judicial conservatism vs. A principled judicial activism". *Harvard Journal Law and Public Policy*. Vol. 10, N° 2, 1987, pp. 273-276.

⁶ Randy Barnett. *Op. cit.*, p. 275.

ABSTRACT

We are all aware that the accelerated legal expansion, the demand for justice, the leading role of the judiciary and its growing influence in the daily life of people are political facts, perhaps some of the most important of this century, and, therefore, must be analyzed, discussed and not ignored. The famous book by Ran Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, published by Harvard in 2004, that we use here to deal with the topic of the new constitutionalism traces that worldwide movement of intensification of the transfer of power from the representative institutions to the judiciaries, which he calls juristocracy. The phenomenon consists basically of the conditions that the judicial decisions imply for the political actors, who see considerably restricted the field of their action based on rules of democratic majorities. However, the new constitutionalism, which often deals with aspects of political life committed by binding international agreements, is not the only phenomenon that shows the profound transformation of the presence of the judiciary, at all levels, on the democratic life of our societies. Together with it, we have the extreme judicialization of political life, which is a symptom of the deep incapacity of the political class to resolve and regulate its own internal conflicts and assume strictly political criteria of responsibility, so that problems of its own sphere are transferred to the judiciary that in this way becomes a political mediator. And in an expressly symmetrical way to this judicialization of politics, we observe a politicization of the judiciary. In fact, all actors aware of the greater incidence and weight of justice in democratic life, all political actors try to influence on the appointment of judges and prosecutors, trying to reduce their independence in order to obtain a favorable treatment when those same instances, either by the impositions of the new constitutionalism, or by the judicialization of politics, have something to say about matters that concern them. And as if that were not enough, recently what we can call a judicial populism has emerged, blatantly fostered in those countries that have institutions such as the private prosecution, which turns any citizen into an organ of justice and overloads the actions of the third power with complaints that respond to the violation of hypothetical subjective rights, which sometimes mobilize the victims of certain crimes until they become practically popular legislators. It is therefore necessary to differentiate all these phenomena, to draw up a phenomenology of all of them, and to select the one in which we wish to influence this work, since we consider

that it must be carefully distinguished from the ones we have just outlined. It is about the phenomenon of judicial activism.

Before starting the study, it seems appropriate that we clarify and place the research in its scope. In judicial activism, the law, which was the protagonist of positivism and which ensured the link between jurisdictional activity and popular sovereignty, obviously remains essential. Therefore, judicial activism does not alter the classic division of powers and that is something that we will try to demonstrate in this thesis. However, from the point of view of judicial activism you are conscious that the law in itself, in many cases, is no longer sufficient to guide the judge in his decision and that we must go back to the supreme principles of the Constitution, to the values of the legal order and international treaties and that demands of society must be heard, as well as knowing other sources of supranational law, such as the jurisprudence of the Human Rights Courts. In short, as Garapon has said «the law becomes a semi-finished product that the judge has to finish»⁷. Judicial activism will be treated here, therefore, as an attitude in this act of perfecting that product that is the law, without having to resort to the traditional mythical forms with which it was tried to solve this same problem, like those formulas of *lex animata* or equivalents.

Now, it is not just about perfecting it, but judicial activism aims to find the best alternatives within the legal system and to decide for the fairest (or least unfair) decision for each specific case, always considering the potential of the legal texts. In this regard, we refer to the jurisdictional activity and its methods of interpretation. And of course, we do it in a progressive interpretation, using the author Cass Sunstein's classification, which we will see later.

It is important to say that when we speak of the need to hear popular demands, this does not mean that those demands are the guideline to be followed by magistrates and that their decisions are completely detached from what determines the legal system and can proceed in an arbitrary way, because in such a situation we would be outside the law and we could reach a situation where movements in social networks influence the verdict of the cases more open to the media, starting the extreme phenomenon of judicial populism. With judicial activism we rather mean the possibility of weighing those demands and giving them an answer, even if it is not in the affirmative sense, but we do

⁷ Antonie Garapon. *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*. Translator Manuel Escrivá de Romani. (*Le Gardien des Promesses. Justice et démocratie*. París: Ed. Odile Jacob, 1996). Madrid: Flor del Viento Ediciones, 1997, p. 34.

take them into consideration and they could be part of the justification of the verdict. In this way, the debate in society is enriched; the legal-political discourse reaches citizenship as something closer and, in addition, the judiciary shows that it is not alien to what happens in society and that one of its main functions is to protect recognized rights and defend and promote values and constitutional principles. In short, it is an obligation of what we consider the sovereign dimension of the judiciary, which obviously invokes the people ultimately, but which must be carefully thought out. Because, as Dieter Grimm pointed out speaking of Germany and based on the experience of the complete suspension of fundamental rights during the period of Nazism, the drafters of the Basic Law came to the conclusion that it was not enough to promulgate a Declaration of Rights, but it was also necessary to support the rights institutionally⁸. In this sense, it is about thinking the judicial power within a democratic concept of sovereignty with respect to the division of powers. In this sense, this thesis is about political philosophy, although its object of study is the judicial power.

To guide us in our investigation we will evaluate some judicial decisions of the different countries investigated here -Brazil, Spain, Germany and the United States- trying to identify some qualitative indicators and explain them, as well as using them to find ways to maximize the possibilities of judicial activism, without violating the separation of powers and without any usurpation of power by invasion of areas of the legislative or the executive. Judicial activism does not lend itself to ignoring the normative guidelines adopted by the legislative branch, quite the contrary. It is aware of the importance of specifying the rights provided in the legal norms issued by the democratically elected authorities, and that the positivization of these rights, even though it is a necessary condition for them to be effective, is often not a sufficient condition. And that is exactly where judicial activism comes in. Therefore, it is not a question of replacing the elected representatives, but of assuming their role as political actors capable of resolving the disputes that are presented to them, as well as correcting the problems of the political and social process, which are also called to resolve.

The truth is that the new tracks of the relationship between politics and law require a position of intervention by the judiciary, as guardian of the constitution, as an arbitrator or prosecutor, and as a mediator in some political conflicts. In this way, it is not a

⁸ Dieter Grimm. "The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany". *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 13. Issue 1, 1 January 2015, pp. 9-29.

preference to participate in socio-political issues, but rather a call from society that seeks to order the growing requests that a complex society demands of justice. If society, in a general way, through its direct political representatives, is perceived as incapable of defending its rights and interests in an autonomous and sufficient manner, then institutions, especially the institutions of justice, are at the center of the demands of the population and have to assume this role of acting to protect it. It is in this affirmative, proactive action that prioritizes the defense of fundamental rights where we place judicial activism. As such it becomes an instance that acts proposing to society a sense of fairness that has unequivocal democratic effects and that enjoys the legitimacy of not asserting itself contrary to the principle of legality. That is why judicial activism is relevant to the question of the operational definition of the concept of justice. And this makes of our research a thesis of political philosophy as well for its own purpose. That explains why we have to introduce a chapter about the traditional insoluble problems of this concept and the dilemmas it has produced. We host this concept of justice in the context of judicial activism.

In this sense, there is no doubt that judicial activism is a useful tool that should be used in legal practice by judges to concretize the rights recognized in the legal system, correct the injustices of specific cases and, thus, protect the «structure of the Constitution»⁹ and consolidate democracy in society. However, exactly because it is linked to the consolidation of democracy, it must be normalized, transparent, democratic and based on constitutional norms, principles and values. This is what we intend to defend in this thesis.

According to these ideas, I understand that it is not possible to separate the constitutional precepts and the data of the specific case, the content of the law and the social reality, and the judicial activism comes precisely to allow a greater union in these relationships, rebuilding their bonds, offering a sense of fairness capable of shaping a common sense about what is fair in each case, and facing with new impetus the role of the judiciary in contemporary society. Under the mandate of the law, without taking into consideration the principles, the constitutional values and its own context in relation to the Constitution and the international treaties, we run a serious risk of making disappear, in many situations of each specific case, the content of the norm, the necessary connectivity between the *must-be* and the *being*. That is to say, the pure world of the norm

⁹ Greg Jones. "Proper judicial activism". *Regent University Law Review*. Vol. 14. 2010, pp. 140-179.

(a kind of pure normological method) without the possibility of connecting with the specific case, with the empirical, turns the whole legal process into something without substance, merely formal. And that is exactly what judicial activism tries to avoid. Because a *being* without *must-be* removes the very essence of the legal norm. I understand, therefore, that we have to look for that normative space to think about judicial activism, perhaps starting by rethinking the constitutional dimension of the relationship between law and politics, trying to realize that current democratic constitutionalism has priorities, such as the dignity of the human person; the need that the scope of protection of constitutional rights is extended to all spheres of law, etc.

Now, to say that legal positivism is not enough to respond to the demands of modern societies does not mean that we do not identify law as an element of popular sovereignty, or that we suggest that judges could create law according to their convictions and personal criteria. Rather, we affirm the opposite. Judges should always be based on rational legal arguments¹⁰ based on the legal system and need to justify the reasons for the application of a certain principle, value or normative proposal and that without exception. Exactly for being aware of the magnitude of the legal mandate and its direct relationship with democracy and popular sovereignty, defending judicial activism what is defended is precisely that it is realized in its broadest dimension; that the Constitution is not a mere sheet of paper, but has real and concrete normative force, that connects the formal rationality of the norm with the material contents that certain rights seek to protect in their democratic interpretation. The Illinois Institute of Technology law professor Randy E. Barnett, tries to argue about this distinction of positions between judicial conservatism versus principled judicial activism¹¹. The author states that, for conservative jurists, the judges are the «lieutenants of the legislature»¹² who receive their marching orders in the form of statutes and believe that the judicial authority extends only to the judicial application of the law promulgated by the required majority of duly elected representatives, be it a statute or the Constitution. So, he affirms that conservatives fear reasonably the «tyranny of the judicial power» and that, for them, the legitimacy comes

¹⁰ About this issue see Robert Alexy. *Teoría de la argumentación jurídica*. Translated by Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. This theory together with the procedure of the weighting of the values was revealed as an important mechanism in the search of the most correct and fair decision for the specific case.

¹¹ Randy Barnett. "Foreword judicial conservatism vs. A principled judicial activism". *Harvard Journal Law and Public Policy*. Vol. 10, Nº 2, 1987, pp. 273-276.

¹² Randy Barnett. *Op. cit.*, p. 275.

from the popular will or from the majority. However, according to principled judicial activists, judges must follow the law, but here the law extends itself beyond the positive legislative enactments of partial laws and allows to cover the substantive norms of fundamental values and standards used by the judges in the evaluation of the legislation. Of course, we do not defend here that the judiciary becomes a tyrant, but only that it is necessary to rethink the way law is made and its new role in the society just to distinguish it from ways that are clearly more dangerous for its independence and its internal rationality. That is why this thesis is placed under the problem of rationality and aims to show the internal sense in which that rationality can be material, in a sense that is inspired by the famous Weberian distinction.

I will try in these pages to show that judicial activism must be seen as a tool associated with this new way of seeing the law. A tool linked to the expansive effect of constitutional norms on the entire legal system disseminated by neoconstitutionalism, which seeks through its normative force to give effect to the rules, principles and rights stated in the Constitution.

Keywords: judicial activism, new constitutionalism, role of the judiciary, protagonism, creation of law, democracy, law, political philosophy.

INTRODUCCIÓN: LAS PREGUNTAS QUE ORIENTAN ESTA INVESTIGACIÓN - ¿CÓMO ACTÚA Y CUÁL ES EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL EN LAS CUESTIONES POLÍTICAS? ¿HAY QUE REPENSAR LA DIVISIÓN DE PODERES?

Para empezar, creo interesante hacer algunas consideraciones sobre mi motivación para la realización de este trabajo de investigación y, así, aclarar y situar mejor mis intenciones y dificultades al abordarlo. Quizás resulte curioso para el lector el hecho de que soy licenciada en Derecho y posteriormente realicé un máster y doctorado en Filosofía. Ese es mi punto de partida.

La historia de esta investigación comienza con mi trabajo como analista de procesos judiciales en el Tribunal Regional Federal de la 3ª. Região, en São Paulo, así como en mi preparación para el acceso a la carrera judicial. Esas actividades me empujan a reflexionar sobre los diferentes métodos de interpretación adoptados para llegar al desenlace de un proceso judicial; sobre la actuación, a veces creativa, de los jueces y tribunales; sobre los elementos y circunstancias que influyen en los jueces en este proceso; sobre cómo concretar las normas jurídicas de forma legal, eficiente, independiente y eficaz. A partir de ahí, percibo que la resolución de muchos casos no es evidente siguiendo solo los textos jurídicos y que, por eso, habría que recurrir a aspectos filosóficos, éticos y morales para llegar a una sentencia no solo legal desde el punto de vista del contenido formal de las leyes, sino también justa desde el punto de vista de las percepciones compartidas de la sociedad. En suma, que habría que pensar en la filosofía política, jurídica y moral para la búsqueda de lo justo en cada caso concreto. Quizá por eso, reconociendo esta necesidad, tener conocimientos básicos de filosofía pasó a ser exigido en las pruebas de acceso a la carrera judicial en Brasil, por lo que ese proceso de reflexión y esa exigencia de conocimientos de filosofía me han traído hasta aquí.

La crisis de nuestra época, del mundo contemporáneo, el dinámico contexto del siglo XXI y los conflictos contemporáneos en las esferas sociales, políticas y económicas exigen cada vez más una reflexión filosófica sobre el papel del poder judicial en la transformación de la sociedad, así como una comprensión material de la idea de justicia que sea operativa y que evada los problemas tradicionales que han bloqueado su desarrollo. Temas como activismo judicial, judicialización de la política o politización del derecho son discutidos cada vez más con mayor frecuencia y se extrapolan al mundo académico. La cada vez más intensa judicialización de la vida social, por lo demás,

impone una adecuada reflexión sobre la función del poder judicial en las prácticas sociales.

El presente trabajo tiene como objetivos exponer y discutir especialmente la relación entre derecho y política, teniendo como base, por una parte, los problemas que plantea un tratamiento tradicional de la noción de justicia; en segundo lugar, la dialéctica de la racionalización formal y material del derecho y la idea de justicia material desarrollada por Max Weber a lo largo de su obra *Economía y Sociedad*; en tercer lugar aceptando de forma escrupulosa la división de poderes de la democracia de masas; y finalmente pensando con rigor la evolución del denominado activismo judicial. Este planteamiento puede ser abordado en el marco de lo que se ha llamado el nuevo constitucionalismo, por seguir la definición de Ran Hirschl, aunque desde luego usando sus definiciones no tanto para coartar el campo de acción de los poderes democráticos, sino solo para vincular la acción de la justicia a las actuaciones básicas del soberano democrático.

Para desplegar este objetivo, se estudiará el desarrollo del activismo judicial en algunas sociedades y se discutirá cómo puede evolucionar en el futuro con el aumento del activismo ciudadano y la incesante búsqueda de la inmediatez democrática. Con esta base analizaremos la función del activismo judicial como posibilitador de la creación de justicia en el sentido de «algo justo» en cada caso concreto, sirviendo a una pedagogía social mediante el establecimiento de precedentes que puedan ser usados por otros jueces, expandiendo el significado y aplicación de la ley mediante la interpretación de un propósito del legislador más allá de la pura letra de la ley. De este modo evaluaremos su impacto en las sociedades donde se aplica mediante el análisis de algunos casos relevantes y la realización de entrevistas con algunas personalidades destacadas.

Tal cosa es imposible sin pensar la justicia dentro de la Doctrina del Estado y sin traducir este concepto tan abstracto a ciertas dimensiones operativas que permitan hablar de lo justo con criterio convergente. Por eso, aquí se pretende establecer un diálogo con pensadores como Georg Jellinek, Herman Heller y Carl Schmitt a la luz del pensamiento weberiano, y comprender mejor la relación entre Derecho y Estado, entre Derecho y Política, los objetivos políticos del Estado Democrático de Derecho y los límites de la función legislativa del poder judicial, así como entender los fenómenos del activismo judicial, de la judicialización de la política y de la politización del derecho y su relación con la separación de poderes y la interpretación constitucional.

La idea es estudiar las diferentes comprensiones de la justicia, del derecho y sus relaciones con el fenómeno jurídico, repensar las relaciones entre Derecho y Estado, Derecho y Política y analizar sus límites para que se pueda captar la lógica de la racionalización y la funcionalidad crítica del Derecho, situándolo como una institución propia del constitucionalismo democrático-social, en el sentido de ver el sistema jurídico no solo como un simple instrumento de control de las relaciones sociales, sino más bien en su condición de institución integradora y en su función mediadora de la realidad socio-política. En este sentido, siempre tenemos a la mano la función pedagógica y progresiva del Derecho, que fue definida por Kant de modo arquetípico. En este esfuerzo, este trabajo tiende a ofrecer, a lo largo de esta investigación, argumentos capaces de demostrar la plausibilidad de ver el activismo judicial como herramienta útil para la concreción de las promesas constitucionales.

Tras estas reflexiones introductorias estamos en condiciones de explicar la estructura de este trabajo. Así, el trabajo será dividido en dos partes. En la primera parte, compuesta de tres capítulos, se pretende analizar las fuentes del derecho y la relación entre ley, justicia, derecho y praxis judicial, así como trataremos de la racionalización formal y material del derecho, que siempre procede de la problemática de la justicia, razón por la que debemos abordar su sentido conceptual y eso desde Platón, que como es sabido ha puesto en circulación la idea básica filosófica de justicia, hasta el pensamiento de Kelsen.

El primer capítulo, en un intento de síntesis, se dedica a investigar el concepto de justicia, su capacidad de pensar el orden de las sociedades y de dotarlas de estructuras determinadas y reconocibles, desde el mito hasta la política, y explicitar la dialéctica y la tensión que existe entre la racionalización formal y material del derecho, así como demostrar como Immanuel Kant, John Rawls, Jünger Habermas y Carl Schmitt habían percibido esta situación a través de la noción de «ley permisiva»; de la «aplicación del velo de ignorancia»; de la tensión entre «facticidad y validez» y del criterio de corrección de una sentencia judicial. De esta manera, este capítulo desea demostrar cómo la tradición está prefigurando el problema que será tratado en el siguiente capítulo. Por supuesto, se trata de un capítulo entre la filosofía política y la historia de las ideas políticas, dos dimensiones que resultan inseparables en cualquier investigación de esta índole.

El segundo capítulo versará sobre el tema de racionalización formal y material del derecho, poniendo el foco en la manera en que el derecho media en el problema de justicia material; cómo Hans Kelsen resuelve mal la problemática por su dependencia del derecho

natural, por su incapacidad de asumir el papel de la política en la formación constitucional del derecho, dejando el derecho sometido por su propia dinámica, estrictamente formal, y eliminando toda noción de justicia que no sea la propia del sistema jurídico. Aquí un regreso a Weber nos permite volver a vincular al derecho con la sociedad, la racionalización jurídica con la política y la convergencia de tareas necesaria para la formación de una sociedad democrática capaz de mantenerse vinculada a ideales de justicia. Estos compromisos siguen siendo vinculantes en este trabajo.

De forma lógica, el tercer capítulo se dedicará a la comprensión del Estado Democrático de Derecho y la Separación de Poderes y su relación con la justicia material y la efectividad de los derechos fundamentales. Aquí se aborda el tema de las constituciones "simbólicas" y la importancia de la superación del formalismo constitucional. En realidad abordaremos el sentido canónico de la división de poderes tal y como se forjó en el pensamiento de los Padres Fundadores de Estados Unidos, y daremos alguna idea de los sistemas de división de poderes en los cuatro países que analizamos en este estudio. La finalidad de este capítulo es identificar el poder judicial como uno de los poderes políticos que emanan del pueblo y, por tanto, la de dotarnos de un elemento fundamental del sentido republicano de la vida política. Con ello avanzamos una hipótesis que analizaremos en la segunda parte: que el activismo judicial es un elemento inseparable del pensamiento político republicano, una de sus dimensiones básicas. Sin activismo judicial el pensamiento político republicano no conocería el dinamismo adecuado propio de una sociedad reflexiva y autoregulada.

En la segunda parte, compuesta igualmente de tres capítulos, empezaremos a adentrarnos directamente en el tema del activismo judicial y del poder ciudadano, un concepto republicano que resultará decisivo en este trabajo. A partir de estas caracterizaciones del activismo judicial como un concepto político en el sentido de Reinhart Koselleck, como un índice y un factor de nuestras sociedades, analizaremos los casos concretos, los datos de las entrevistas y estableceremos las comparaciones entre los diferentes sistemas jurídicos de Brasil, España, Alemania y Estados Unidos.

El cuarto capítulo, primero de esta segunda parte, busca comprender este nuevo papel del poder judicial en las sociedades, analizando los principios de independencia judicial, discrecionalidad judicial y proporcionalidad, así como los límites de la función legislativa del poder judicial. Se dedica también a la distinción entre los fenómenos del activismo judicial, la judicialización de la política y la politización de la justicia identificando ejemplos y datos de las entrevistas que ayuden a visualizarla y a

comprenderla. Por supuesto, no todas estas distinciones forman parte de un concepto republicano de los poderes públicos. Algunas nos permiten identificar profundas patologías del régimen político republicano, pues impiden una colaboración saludable entre los poderes públicos. Así, analizaremos de forma más puntual el activismo judicial y su relación con la función social y política del poder judicial, buscando pensar dicho concepto desde el punto de vista de la filosofía política, en la medida en que afecta a procesos reales de las sociedades de cada país. Al establecer que el activismo judicial es un concepto político republicano, propio y esencial al sistema democrático de división de poderes, se aborda la teoría de Kosellek que establece que todo concepto político es a la vez un índice y un factor, nos informa de la realidad social, y por eso tiene un contenido fenomenológico, de observación de fenómenos sociales, de lectura de realidades materiales, y, por otra parte, es un factor, produce efectos, genera dinámicas políticas, produce actuaciones, inicia praxis que no pueden separarse de los elementos normativos de una constitución democrática vinculada a ordenamientos supranacionales de derechos. Como sabemos, lo más importante de todo concepto político es la forma en que se configura la proporcionalidad entre su dimensión de índice y su dimensión de factor. Esta proporción debe observarse en la práctica del activismo judicial y establecer su equilibrio es dotarlo de cierto sentido prudencial que es todo lo que puede agotar su sentido normativo. Pues prudencia es la forma de actuar con un contenido normativo dado de tal manera que se conserve y fortalezca su espíritu. Y el espíritu de la normatividad democrática no puede ser sino la norma constitucional libremente aprobada desde percepciones convergentes que el activismo judicial busca promover, mantener y desplegar sobre la base de decisiones acerca de lo justo en casos concretos.

Nuestro marco es la filosofía política, en la medida en que estamos estableciendo un concepto interno al republicanismo. Por lo tanto, no estamos haciendo una descripción fenomenológica de lo que está sucediendo en nuestras sociedades, aunque debamos conocerla. Estamos partiendo de este concepto, desplegando una reflexión normativa de filosofía política, de la cual resultará que determinadas actuaciones de los órganos judiciales podrían ser ilegítimas y no deben ser promovidas, ni deben ser establecidas como un verdadero activismo judicial, porque este no persigue la judicialización de la política, sino, en cierto modo, *la conexión de la actividad judicial de casos concretos con el poder ciudadano informal que está en el origen de las normas constitucionales y que debe mantener consensos acerca de lo justo*. Esto es, pretendemos dotar al activismo judicial de una cierta legitimidad democrática y con una idea de justicia material sometida

a una intensa racionalización a partir del texto constitucional. De ahí la importancia que atribuimos a la primera parte de esta investigación. Ella nos recuerda la necesidad de una racionalización material del derecho como forma específica en la que se activa el sentido de la justicia por parte de una sociedad democrática, y nos sitúa ante el reto que nos propone la forma kantiana de elaborar la justicia material, el establecimiento de aquella condición que pueda ser completamente universalizable, y por tanto, constitucionalizable, algo que está relacionado con las condiciones morales de reconocimiento de la dignidad humana. Este punto es especialmente importante pues no avisa de la imposibilidad de que una voluntad general apruebe ese estado de cosas que ha sido considerado como “existencia precaria”, de que la generalización de su presencia social sea compatible con una sociedad democrática, y de que de algún modo las normas constitucionales deben imponer su contenido normativo en la definición de lo justo.

Como es natural, el activismo judicial no puede operar en el vacío. Requiere no solo normas constitucionales y vínculos con las declaraciones universales de derechos. También está ampliamente condicionado por los sistemas jurídicos. Por supuesto, esta no es una investigación de Derecho Constitucional y por tanto no podemos desplegar el asunto desde el complejo tema del sistema jurídico. Sin embargo, sí debemos asumir la tarea condicionada del activismo judicial, que no puede desplegar sus actuaciones al margen de determinadas autorizaciones. Por eso, en el capítulo quinto se realizará un breve estudio comparado de algunas características de los sistemas jurídicos norteamericano (*Common Law*), brasileño, alemán y español (Romano-Germánico – *Civil Law*), examinando algunos casos de activismo judicial propiamente dicho en los diferentes contextos.

En el capítulo sexto se hará un análisis comparativo de los datos de las entrevistas, intentando trazar las características del activismo judicial actual y su posible evolución en las sociedades, y se perfilarán líneas de investigación futura para profundizar en este tema. Estas entrevistas pertenecen a diferentes actores de los distintos países que hemos estudiado y tienen como finalidad conocer la práctica que en cada caso se ha desplegado en cada país.

Y, por último, en el capítulo final se hará el resumen de la cronología y el balance de esta investigación, cerrando con las conclusiones de esta.

Por fin, en lo que respecta a la metodología, en la presente tesis se han utilizado diferentes métodos de investigación: entrevistas con personalidades relevantes del mundo jurídico, político y académico; análisis de estadísticas e indicadores de justicia; la técnica

de investigación bibliográfica y de análisis documental, a través de consulta de libros, revistas científicas y publicaciones periódicas, artículos científicos, *sites*, lectura de textos legales y jurisprudenciales, bibliotecas virtuales, así como uso de los fondos de las bibliotecas de la Universidad Complutense de Madrid, sobre todo las de Filosofía y Filosofía del Derecho. Esta tesis se ha hecho además con diversos períodos de estancia en la Universidad de Stanford y la Universidad Freie de Berlín. Y se ha utilizado el método de abordaje o inductivo con enfoque hermenéutico de análisis de textos.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO 1 DE LA JUSTICIA AL JUICIO

1.1 EL LEGALISMO Y LA JUSTICIA

1.1.1 *Justicia: entre la ley y el derecho*

Esta tesis parte de la idea de que el principio de la justicia no es un sentimiento moral más. Se trata más bien de un principio regulador en la esfera pública y, por lo tanto, en su sentido social, tiene fuerza vinculante, por lo que ha de producir consensos en las percepciones de los ciudadanos. Para comprender ese entendimiento es importante hacer una breve referencia a los siguientes temas que abordan la problemática de la justicia en su relación con la formación de un sentido común republicano. En esta vinculación, la problemática de la justicia es siempre el vínculo entre los sistemas legales y las dimensiones políticas de la vida social.

Hay diversas maneras de aproximarse al problema de la justicia, pues este problema puede analizarse desde un enfoque jurídico, sociológico, político, psicológico o filosófico. Sea cual sea el enfoque adoptado, lo más importante es no perder de vista la interdisciplinariedad que exige la materia y, con ello, conseguir una perspectiva integral de la idea de justicia, que no evada la cuestión de lo justo como su cumplimiento concreto. En el presente trabajo seremos fieles a ese enfoque pluridisciplinar y adoptaremos el enfoque filosófico, sin olvidar los contextos sociológico, político y jurídico. La finalidad de este capítulo es reconocer las debilidades de la aproximación tradicional de la justicia, en la medida en que no la ponen en relación clara con las prácticas institucionales y sociales. Esto significa que no todas las aproximaciones permiten una culminación política de la justicia.

Ese carácter interdisciplinar puede ser constatado a lo largo de la historia de la de filosofía¹³, pues desde el principio podemos encontrar el concepto de la justicia (*Gerechtigkeit*, en alemán; *δικαιοσύνη*, en griego) definido en el pensamiento griego a la

¹³ Joachim Ritter. *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Band 3: G-H. Basel/Stuttgart: Schwabe & Co, 1974, pp. 330-338.

vez como una entidad religiosa, una diosa; pero justo por ello como una realidad que ha de jugar en el ámbito de la política y de la ética, configurando casi una estructura cósmica, que afecta a la dimensión estructural de todas las cosas en armonía. En este sentido, no deja de tener dimensiones estéticas y en cierto modo viene a regir la totalidad de las cosas naturales y llegar a ser casi el mismo concepto de “lo natural”, lo carente de violencia.

Por eso este concepto no ha perdido su profundo significado hasta el día de hoy, más allá de sus dimensiones legales. Según Dworkin, por ejemplo, la justicia es un concepto moral de orden superior, una institución que interpretamos y que tiene una historia milenaria.¹⁴ Por esta razón, al tratar el tema debemos analizar las distintas concepciones de la justicia para ayudar a entender su complejidad, ambición conceptual y profundidad filosófica de las teorías de la justicia. Es lo que pretendemos hacer en este primer capítulo, sin pretensión alguna de agotar el asunto.

Entre las concepciones más conocidas de justicia, que implican en cierto modo una comprensión general del ser humano, podemos destacar la que consiste en la regla de oro de que «no se debe hacer a los otros lo que no se quiere que nos hagan a nosotros», o el «imperativo categórico kantiano», que preceptúa el deber de actuar de tal manera que la máxima de la voluntad de uno pueda ser en todo momento principio de una ley universal, etcétera. En estas formulaciones vemos que la idea de justicia orienta la totalidad de la vida social y refleja profundas concepciones de igualdad entre los hombres, la clave que permite la posibilidad de ser sustituidos. Otras formulaciones, sin embargo, nos hablan por ejemplo de «dar a cada uno lo suyo», y en ellas apreciamos los ecos de sociedades estamentales que se levantan sobre la naturalización de determinadas diferencias social.

Vemos así que la noción de justicia también está asociada a una amplia variedad de ideas, valores y sentimientos. A veces nos aparece la justicia como virtud positiva y brota de la indignación ante el mal y el aborrecimiento de actos inadecuados, por lo que lleva a la reivindicación, a la corrección de errores, a la necesidad de compensación, a la reclamación de benevolencia o utilidad, y cuando se cumple al bienestar o felicidad, legitimidad, eficiencia, libertad, igualdad, etc.; Otras veces la justicia aparece como virtud negativa, lo que lleva a los sentimientos de venganza, resentimiento, privación, conciencia de haber hecho algo malo, etc.¹⁵ Sin embargo, también, y principalmente, la

¹⁴ Ronald Dworkin. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 2008, p. 63.

¹⁵ Tom Campbell. *La justicia: los principales debates contemporáneos*. Trad. Silvina Álvarez. Barcelona: Gedisa, 2002, pp. 15-16.

justicia es vista como una «virtud pública o política», relacionada, por lo tanto, con el Estado, sus conductas, objetivos, organismos, funcionarios, etc. Y es justamente a partir de aquí que se establece la conexión, que nos interesa muchísimo, entre justicia (entendida como un valor social y político relativo), el derecho y las políticas públicas. Esta tesis se moverá en este terreno y por eso se puede decir que ante todo es una tesis de filosofía política en la medida en que muestra las profundas relaciones entre la legalidad y la condición política de una sociedad en su capacidad de fundar determinados poderes.

En este sentido, la tesis abordará en términos generales la tesis de John Stuart Mill, quien, en su tentativa de establecer una conexión entre justicia y utilidad hace una incursión en la etimología de la palabra «justicia» y afirma que «en la mayoría, si no en todas las lenguas, la etimología de la palabra que corresponde a «justo» apunta claramente a un origen vinculado con las ordenanzas legales. [...] No puede haber duda de que la *idée mère*, el elemento primitivo en la formación de la noción de justicia, fue la conformidad con la ley».¹⁶ Esta tesis de Mill nos llevará a preguntarnos por el tipo de ley que está en juego aquí, por el tipo de ley que es imprescindible para dotar de contenido a la idea de justicia si ha de ser concretada en actos que impliquen consenso acerca de lo justo, y en los poderes que pueden implementar estas concreciones. Este trabajo desea mostrar que desde luego el activismo judicial tiene una idea de justicia y naturalmente se basa en la ley, pero ha de tener una capacidad de interpretación específica que permita identificar los actos de lo justo de una manera que implique una relación problemática con la ley positiva.

En este sentido, no necesitamos ir en contra de la opinión de De Plácido e Silva, para quien la palabra justicia es «derivado de *justitia*, de *justus*, y expresa en el lenguaje jurídico, lo que se hace conforme al Derecho o según las reglas prescritas en la ley. Es por lo tanto la práctica de lo justo o la razón de ser del propio Derecho, pues por ella se reconoce la legitimidad de los derechos y se restablece el imperio de la propia ley»¹⁷. Y entre las sociedades organizadas, la justicia es el propio «fundamento de los poderes públicos, que se constituyen por delegación de la soberanía popular».¹⁸

¹⁶ Cf. *El utilitarismo*. Madrid: Alianza Editorial, 1984, p. 108.

¹⁷ *Vocabulario Jurídico*. Río de Janeiro, Forense, 2004, pp. 810-811.

¹⁸ Por eso el lema de Cícero: *ubi non est justitia, ibi non potest esse jus*. Donde no existe justicia no puede haber derecho.

Además de relacionada con la ley, es posible encontrar en algunas argumentaciones jurisprudenciales la idea de «justicia como valor»¹⁹, conectada y dependiente de la realización proporcional y razonable de otros valores positivados. Aquí queda clara la importancia de los principios y de la idea de sistema jurídico como un todo; es decir, no es posible hablar de justicia si son violados otros principios como la libertad, igualdad, etcétera. Esta aproximación es muy importante porque sin esta valoración del sistema jurídico en su totalidad y organicidad será muy difícil aproximarnos al problema del activismo judicial.

Pues bien, y además, desde el punto de vista de los valores, se puede decir que el concepto de equidad tiene mucha relación con la noción de justicia. En efecto, es un vínculo complejo que se da en sus diversas manifestaciones como justicia distributiva, conmutativa, natural, u otras, pero que finalmente concierne a las representaciones básicas que de lo humano tiene una sociedad. Equidad, en este sentido, concierne a la igual dignidad de todo ser humano, afecta a valores fundamentales de la comprensión social y con ello identifica el terreno fundamental que justifica lo que en esta tesis se definirá como activismo judicial. Con esta idea nos acercamos a Herbert Hart, quien refuerza esa idea cuando afirma que el concepto general de justicia está relacionado con la equidad, al apuntar que «las características distintas de la justicia y su conexión especial con el derecho comienzan a surgir si se observa que la mayor parte de las críticas hechas mediante el uso de las palabras «justo» e «injusto», podrían ser expresadas casi igual mediante las expresiones «equitativo» (*fair*) y «no equitativo» (*unfair*).»²⁰ Es decir, la equidad es una parte importante de la justicia.

En líneas generales, la justicia expresaría la rectitud, esquemática y racional, advenida en las leyes, que exige que las personas tengan los derechos jurídicos que deben tener; y la equidad orienta la producción de lo justo en el caso concreto, sin obviamente ir en contra de la ley, el justo legal. La equidad es la virtud que guía una especie de justicia viva, concreta, capaz de producir lo justo. En ese sentido, la justicia siempre está relacionada con la universalidad y alude a la «aspiración del legislador», mientras que la

¹⁹ Véase *Decisión del Supremo Tribunal Federal (Brasil)*. HC 111198/MG. Relator Min. Ayres Brito. Juicio 06/03/2012. «Justicia como valor, a realizarse mediante una cierta dosis de razonabilidad y proporcionalidad en la concretización de los valores de la libertad, igualdad, seguridad, bienestar, desarrollo, etc. Con lo que ella, la justicia, solamente se realiza en la medida en que los otros valores positivos se realicen de un modo peculiarmente razonable y proporcional».

²⁰ H.L.A Hart. *El concepto de derecho*. México: Editora Nacional, 1980, p. 197.

equidad guía la elección por parte del «juez» de una norma justa para el caso concreto en que ha de producir lo justo.²¹

La idea de equidad va más allá del tratamiento paritario y del tratamiento proporcional, y puede imponer tanto la igualdad como la desigualdad, en la medida en que se establece una «igualdad en la medida de nuestras desigualdades», pues su campo de juego es siempre el caso singular, concreto, plagado de diferencias y de similitudes que el juez ha de interpretar. En ese sentido, es una noción que permite justificar, por ejemplo, la «discriminación positiva» y «acciones afirmativas».²² Por eso la equidad es un elemento filosófico que concierne a la acción jurídica y será decisiva para entender el problema del activismo judicial. Pues como veremos a lo largo de la tesis, el objetivo de nuestra investigación consiste en establecer algunas bases normativas que puedan vincular justicia y equidad a fin de producir lo justo en determinados casos sometidos a desigualdades significativas.

Por todo ello, cabe decir que, en este trabajo, partimos de la idea de que la filosofía política analiza las tensiones entre la teoría y la práctica de la justicia con el fin de aclarar esta relación en el caso concreto del activismo judicial. Como tal, parte del derecho establecido (derecho positivo) y su tensión con los ideales políticos y morales, donde se incluye la cuestión de la justicia como su tema central. El tema de la justicia y su relación con el derecho es lo que nos interesa profundizar. Con él analizaremos la relación entre ley y derecho, que en el caso de Weber acabará siendo una relación entre legalidad y legitimidad.

Uno de los aspectos fundamentales de esta investigación parte de las distinciones establecidas por Dworkin respecto a las normas como conjunto de principios y reglas que aspiran a organizarse en un sistema jurídico. Aunque defienda el «deber» de los jueces a usar los principios en el ejercicio de la judicatura, Dworkin deja claro que su uso no puede depender de preferencias de los magistrados, debiendo haber una especie de orden de importancia y de relevancia en su aplicación, es decir que «unos principios cuentan más que otros»²³ pues solo así es posible salvaguardar las normas establecidas. Esta reflexión es muy importante para esta investigación, que intentará mostrar que en algunos casos el juez puede y debe apelar a principios de orden superior en sentencias en las que se vean

²¹ María José Falcón y Tella. *Equidad, Derecho y Justicia*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 262.

²² Véase la obra de Michael J. Sandel. *Justice: what's the right thing to do*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010, pp. 167-183.

²³ Ronald Dworkin. *Los Derechos en serio*. p. 91.

afectadas normas de orden inferior y que puede y debe hacerlo sin que estén implicadas preferencias personales. En estos casos, desde luego, sus sentencias y actos deberán ser justificados y motivados, de tal manera que su conducta pueda ser no solo entendida sino apoyada por colegas y opinión pública. Por eso esta investigación intentará mostrar que el activismo judicial está sometido a una normatividad interna que aleja la sospecha de discrecionalidad arbitraria en la conducta del juez.

Por eso esta práctica puede formar parte de la institucionalización de la justicia y en modo alguno ha de ser entendida como un regreso a tipos arcaicos de jueces, que se dejan llevar por la inspiración del momento al modo de los cadíes musulmanes. Al ser innegable la conexión conceptual entre derecho y moral, por lo menos para los filósofos y juristas no positivistas²⁴, es útil y necesaria la «institucionalización de la justicia» y, por lo tanto, debemos estudiar su inclusión en el derecho de lo que Robert Alexy llama de «corrección material», que implica en la institucionalización de los derechos fundamentales²⁵ y derechos humanos básicos. Al apelar al apoyo de la opinión pública podemos hablar de sintetizar normatividad con las percepciones de la moralidad. Así, se puede hablar de un «derecho concebido como práctica social», que delibera y dialoga con el pueblo y que está contextualizado de una forma más amplia e inclusiva en la que la práctica jurídica, moral, política y social son traídas a consideración en el momento de la aplicación de la norma, siempre ponderando «la seguridad jurídica y la corrección moral»²⁶. Afirmar Alexy que la conexión entre la justicia y la corrección moral exige implicaciones para la teoría de la justicia, ya que afirmar que «algo es justo, implica siempre, al mismo tiempo, que es correcto y, quien afirma que algo es correcto, da a entender que se puede fundamentar»²⁷.

Por último, decir a modo de anticipación, que, en nuestra opinión, con esta orientación de someter a ciertos elementos normativos la idea de activismo judicial, podrían alcanzar solución muchos de los problemas que la tradición ha visto en la idea de

²⁴ Robert Alexy (*La institucionalización de la Justicia*, Granada: Comares, 2016, p. 15) apud Hans Kelsen (1941, p. 96). El positivista Hans Kelsen defiende la tesis de la separación entre moral y derecho, entendiendo que no existe conexión entre el ser (*Sein*) y el deber ser, (*Sollen*), entre lo que preceptúa el derecho y las exigencias de la justicia y de la moral. Y, por eso, para él «cualquier contenido puede ser derecho» (*La Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1941, p. 96).

²⁵ Es importante registrar que adopto una concepción amplia y un concepto extensivo de derechos fundamentales, estando aquí incluidos los valores superiores del orden jurídico-político constitucional, los principios constitucionales, y las normas de tutela (garantías fundamentales).

²⁶ Robert Alexy. *La institucionalización de la justicia*. Granada: Editorial Comares, 2016, pp. 8-25.

²⁷ *Idem*, p. 49.

justicia y que en cierto modo han servido para imponer argumentos que llevan con cierta brutalidad teórica al positivismo jurídico y al abandono de toda idea de justicia. Para hacernos una idea de esas problemáticas tradicionales, y sus formas de solución, abordaremos ahora las principales tesis sobre la justicia que nos ofrece la filosofía tradicional.

1.1.2 La Justicia como problema filosófico

Al trazar una línea histórica sobre la idea de justicia, decidimos centrarnos en el mundo griego, por ser el marco que cambió el rumbo del mundo y su manera de pensar y por ser la base de la tradición filosófica fundamental. Luego pasaremos a Immanuel Kant, porque organiza el argumento en el mundo moderno de forma conclusiva, o porque la filosofía jurídica y la filosofía moral merecieron atención de Kant reiteradamente a lo largo de sus trabajos, sea por entender que y, en cierto modo, organiza todo el argumento de Locke y de Rousseau, además de ser el arquetipo de Rawls y de Habermas. Kant es además interesante porque ofrece un concepto, el de *lex permisiva*, que es decisiva para entender el sentido normativo del activismo judicial. Por eso le damos una posición destacada en este trabajo.

1.1.2.1 Diké: de Platón a Aristóteles

«Diké», la diosa de la justicia, fue el término usado para hablar de justicia en el mundo griego. Desde el principio este concepto tiene importantes connotaciones ontológicas y está relacionado con el orden natural de las cosas. Por lo tanto, el concepto se contrapone a toda idea de proceso violento y suele connotar todo aquello que no requiere una intervención invasiva de la acción humana, una dimensión que puede estar siempre expuesta a los excesos de la *hybris*, de esa pulsionalidad que condena la acción humana a la torpeza y a la autodestrucción. Por supuesto, el concepto de «Diké» recorre toda la filosofía presocrática y fue formalizada en todas las especulaciones que explicaban el sentido del orden cósmico. En la tradición pitagórica el concepto se relaciona con la armonía y con la proporción y constituye aquello que puede expresarse con un número. Es sabido que esta es la tradición de la que bebe Platón, quien desde luego desplegó argumentos para aplicar el concepto al mundo natural y al espacio humano.

En efecto, al principio mismo de su obra fundamental, *La República*, Platón comienza con una reflexión sobre el significado de la justicia. A partir de la lectura del Libro IV de su gran obra, y más allá de las implicaciones que sobre la constitución del ser humano completo tiene su idea de justicia en tanto armonía de las diversas fuerzas anímicas, queda claro que la noción platónica de lo justo todavía presenta los ecos de la comprensión socrática, tal y como el mismo Platón la había expuesto en *La Apología*. Así, la justicia casi hace referencia a la obediencia al *daímon*, al establecer Platón que la justicia consiste en que «cada uno haga lo que tiene obligación de hacer»²⁸ no solo con relación a sí mismo, sino con la totalidad de la *polis*. Si recordamos el mensaje de la *Apología de Sócrates*, nos damos cuenta de que esta definición supone la primacía de las leyes de la ciudad como objeto incondicional de obediencia, obediencia que tiene que canalizarse no desde estructuras coactivas, sino desde una efectiva interiorización.

Comprobamos de este modo que Platón, como su maestro Sócrates, no se limita a proponer la justicia como un orden que instituye la norma de las cosas, sino que ese orden concierne a la acción humana de forma vinculante, e impone la idea de deber y obligación. La ciudad es el orden natural que media estos dos sentidos, el específicamente ontológico y el humano, pues la ciudad requiere ordenarse como las demás realidades que trascienden al hombre. En este sentido, la justicia de la ciudad constituye al hombre y determina su interior. Ese es el fundamento de que Sócrates no pueda imaginar la vida fuera de la ciudad que lo constituyó y por eso prefiere obedecer su ley aunque esto implique su muerte. Lo que constituye la ciudad en el ciudadano es la vida del alma y por eso su obediencia preserva el alma más allá de la vida del cuerpo. Platón sigue la tradición pitagórica que hace de la justicia una forma general de orden que se aplica a todos los aspectos de la vida. Al proponer una figura armoniosa, numérica y justa para la ciudad, la idea de justicia ordena lo debido a uno mismo y al mismo tiempo lo debido a los demás. Por supuesto, esta idea de justicia no solo se aplica al alma, sino también al cuerpo y conecta con las formas médicas vigentes ya en la escuela siciliana, por lo que tanto Platón, como luego Aristóteles, defenderán la idea de que la virtud y la justicia ofrecen el camino idóneo para llegar a la felicidad y a la salud.

Al dotar su idea de justicia de una expresión numérica, que en el caso de la ciudad alcanza su apogeo cuando impone el control riguroso del número de los ciudadanos, Platón sugiere la aplicación de su teoría numérica a los aspectos de la justicia y, en la

²⁸ Platón. *La República o El Estado*. Edición Miguel Candel. Madrid: Espasa Calpe, 1993, p. 198.

medida en que lo Uno está más allá del ser y se identifica con el bien, aproxima la idea de justicia a la idea de bien. Esta idea es el fundamento de todo orden normativo y, en este sentido, Platón no puede tener otra idea de obligación que aquella que se deriva de la idea de bien. Como vemos, avistamos todo un sistema teórico complejo en el que debemos insertar la idea de justicia, que justo por eso no puede presentarse desde un argumento inmediato. Con esta complejidad teórica, Platón produce herramientas suficientes para ofrecernos una comprensión integral del mundo, en el que se instala el cosmos político de la ciudad como una realidad sometida a una normatividad ontológica profunda, y que tiene como finalidad fundamental oponerse a los regímenes positivos tiránicos, en tanto inspirados en los sofistas; tanto como oponerse a los regímenes democráticos conducidos por los demagogos. Sin embargo, con ello, Platón inicia el camino, que va más allá de Sócrates, de distinguir entre el orden positivo y el orden normativo. Como se ve en *La Apología* aunque la decisión de la asamblea es positivamente injusta, a pesar de eso desobedecerla sería una injusticia mayor en la medida en que alteraría la relación completa del ser humano con las leyes fundamentales. Sin embargo, la propuesta inicial de Platón sitúa la norma ideal de la ciudad muchos más lejos de las constituciones positivas, con lo que todo el orden cívico positivo, tanto de sus leyes fundamentales como sus decretos concretos, se considera como cuestionable. Así Platón se sitúa en el origen de la diferencia entre obligación buena y justa y obligación positiva, infundada y tiránica, ignorante y perversa. La diferencia queda establecida en este párrafo: «los oradores sabios y buenos consiguen que al Estado le parezca justo lo bueno, en lugar de lo malo. Pues lo que a un Estado le parece como justo y bueno, esto lo es también para él, mientras siga manteniendo tal opinión».²⁹ Como se ve, aquí lo bueno tiene un estatuto independiente de lo humano, y la función del orador y del político consiste en que esto bueno ontológicamente independiente parezca a todos lo justo. Así que lo justo sería esta síntesis del orden ontológico que es compartido por lo humano desde el esfuerzo específico de la persuasión, algo que ya nos recuerda el argumento del libro de Parménides.

Sin embargo, vemos aquí que el orden de la mediación entre lo bueno y lo justo es el argumento persuasivo. Por eso mismo se reconoce la posibilidad de que el Estado tenga una opinión descarriada acerca de sus propias normativas u obligaciones. Pues

²⁹ Platón: Protágoras, 167 C. *Apud* Hans Welzel. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material*. Montevideo: B de F Ltda., 2005, p. 11.

además de la mediación de la persuasión específicamente filosófica, está la mediación de la seducción propia del sofista. El Estado puede convertirse en el reino de la opinión y dejar de estar vinculado necesariamente a la idea del Bien. El sofista desde luego, por la construcción de la seducción, puede tener una dimensión colectiva. Ahora bien, el Estado no puede carecer de una dimensión de obligación. Lo grave es que justo por eso el Estado puede caer en un subjetivismo colectivo que imponga como obligación lo que no tiene suficientes fundamentos para serlo. El texto parece sugerir que si la justicia se impone subjetivamente como obligación y el Estado puede tener una idea errónea y ajena al bien de la obligación, entonces el Estado puede tener una idea de justicia desviada. Esto es: sus ciudadanos y gobernantes pueden vincularse anímicamente a una idea de obligación que no tiene vínculo alguno con el bien. Eso puede ser la ley positiva, pero esta ley no tiene el respaldo ontológico adecuado. Así justicia se diferencia de ley positiva. En realidad, la idea del bien es lo decisivo y su acceso a través de la verdadera filosofía la mediación exclusiva. La máxima formal de la justicia: «dar a cada hombre lo suyo» y «hacer cada uno lo suyo», no son suficientes, pues no está dicho qué es lo suyo, lo propio de cada uno. Hallar esto implica relacionarse de forma adecuada con la idea de Bien, pues es imposible que tengamos la idea del Bien y no nos vinculemos a ella. Solo si hay oradores sabios y buenos esta máxima formal tendrá un contenido adecuado y se podría hablar de obligación buena o justicia justa. Lo mismo que sucede en el ser humano sucede en la *polis*, pues aquí estamos en dos cuerpos compuestos que tienen que preservar la armonía entre sus elementos.

Hay aquí un bucle articulado de justicia. La que ordena al sujeto humano que permite el acceso a la idea de bien que permite ordenar la *polis*. Así, sobre la base de su teoría de los elementos del alma, destinada a garantizar el triunfo de la dimensión intelectual sobre las dimensiones sensibles, pulsionales y volitivas, Platón establece que «la justicia es la relación adecuada de los estratos entre sí, de tal suerte que cada uno realiza lo que le es propio».³⁰

Como venimos diciendo, la situación ya estaba presente *in nuce* en el caso de Sócrates. Hans Welzel, cuando analiza la posición de Sócrates, trata de demostrar que su aportación decisiva fue la autocomprensión moral del hombre. Como hemos dicho, el hombre tiene siempre una «ley del alma», una autonomía orientada al «imperativo ético-material» y a la libertad vista como consecuencia del dominio de sí. Lo específico de

³⁰ *Ibidem*, p. 28.

Sócrates es que este dominio de sí no puede desplegarse al margen de la ley de la *polis*. Es algo que la ciudad ha incorporado en nosotros, pues es ella la que nos inculca que estamos en el puesto que nos ha asignado como deber incondicional. Sin embargo, la *polis* no puede cumplir esa misión si ella misma no es justa. Todo eso hace que se reconozca que la obediencia de Sócrates a la sentencia que dictaba su muerte, «trata menos de confirmar el deber jurídico de obedecer una sentencia materialmente injusta, que de proteger el orden jurídico total, violado por los jueces».³¹ Se trata de un conflicto interno al campo del Derecho positivo, pero cuando se plantea el autor si la injusticia aparece bajo la forma de una ley injusta, es preciso responder que en el caso de Sócrates se puede distinguir entre “las leyes” justas en todo caso y la sentencia injusta. Este desorden es el germen de la filosofía de Platón, que busca con anhelo una ley que no pueda tener aplicaciones injustas, excepcionales. En todo caso, es inevitable establecer la diferencia entre el orden jurídico completo como tal y algunas de las obligaciones injustas y concretas de la ley. Platón surge de la voluntad de que esa disparidad que el escándalo de Sócrates produce no puede repetirse.

Con ello se introdujo una idea de bien trascendente del que emanaba con necesidad una idea de justicia que no permitía excepciones. Aristóteles, sin embargo, elimina la dependencia de la teoría de las ideas, y de este modo dirá Aristóteles que «la Justicia es el orden de la comunidad civil, y consiste en el discernimiento de lo que es justo».³² En ambos autores, desde luego, se supone un orden material y concreto cuyo cumplimiento vincula al ser humano y al ciudadano, el orden de la *polis*. Sin embargo, todavía hay que discernir en él «lo justo». La diferencia reside en que la referencia al bien trascendente, en Platón, asegura filosóficamente la idea de justicia vinculante como obligación. En Aristóteles, sin embargo, el orden de la *polis* no impide totalmente la posibilidad de la injusticia, pues la búsqueda de lo justo no está asegurada desde la posesión de la idea de bien, sino que está en manos de los poderes deliberativos de la retórica.

Desde este punto de vista, es preciso asegurar que la idea de justicia es fundamental para el sistema ético de Aristóteles, pero ya está convenientemente desprendida de un sentido ontológico fuerte. Esto permite a Aristóteles un tratamiento más fenomenológico, más realista, de los aspectos de la justicia con los que tiene relación

³¹ *Ibidem*, p. 21.

³² Cf. *Política*. Edición bilingüe y traducción de Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 5, Libro 1, 1253a 30.

el ser humano. Así, Aristóteles, cuando se refiere a la justicia emplea tres términos diferentes: *dikaiosyne* (virtud), que es sobre todo una virtud ética, una cualidad del comportamiento de las personas, un resultado del hábito justo de la praxis, fruto de la educación adecuada; *diké* (justicia), es decir, la justicia institucional, el ordenamiento jurídico ya reducido respecto de su antiguo significado cósmico, la constitución de la ciudad en toda la plenitud de sus particularidades; y finalmente *dikaion* (canon), que en sentido literal significa «lo justo», es decir, la idea de la justicia como una regla, una propiedad especificada según un canon, que en cierto modo es una manera adecuada de relacionar la constitución según la virtud, un orden que no está asegurado por ninguna ontología, ya que depende de que la virtud se mantenga en acto y sepa mantener en acto las potencialidades de la constitución. Sin embargo, si tenemos que identificar la clave de ese mantenimiento en el acto, apreciamos que todo sentido de la justicia depende de la virtud que entiende la justicia como «la disposición en virtud de la cual los hombres practican lo que es justo, obran justamente y quieren lo justo; y de la misma manera respecto de la injusticia: la disposición en virtud de la cual obran injustamente y quieren lo injusto»³³. Otra cosa es si la virtud de un ciudadano puede estar en acto si no le ha sido transmitida por la praxis específica de los ciudadanos virtuosos. El refuerzo ontológico de Platón queda sustituido por un círculo histórico que atraviesa el tiempo.

Este círculo es el que lleva a decir a Aristóteles, por un lado, que la virtud y la justicia son la misma cosa; pero, por otro, que su esencia no sería la misma. En efecto, la virtud es un hábito, pero cuando se relaciona con la constitución es justicia³⁴. De cierta forma, Aristóteles rompe con la analogía entre la justicia como tratamiento ordenado de sí mismo y como orden armonioso de la ciudad y establece que la justicia en general existe solo en la medida en que se asigna al comportamiento del prójimo, en que se relaciona con los demás (*πρὸς ἕτερον*)³⁵. Y por lo tanto, de nuevo como Sócrates, la justicia no puede entenderse al margen de la forma constitucional, por mucho que necesite un tratamiento de la misma desde la virtud. Por eso podemos entender que Aristóteles afirma que «así como el hombre perfecto es el mayor de los animales, apartado de la ley

³³ Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Trad. María Araujo y Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. Libro V, 1129a 10, p. 70.

³⁴ *Ibidem*. Libro V, 1130a 10, p. 72.

³⁵ Cf. Joachim Ritter. *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Band 3: G-H. Basel/Stuttgart: Schwabe & Co, 1974, p. 330. “Aber ARISTOTELES fügt eine nähere Bestimmung hinzu, die die G. begrenzt; Gesamttugend ist sie nur, insofern sie das Verhalten zum Nebenmenschen ordnet, sie ist auf den Anderen bezogen (*πρὸς ἕτερον*)”

y de la justicia es el peor de todos: la peor injusticia es la que tiene armas, el hombre está naturalmente dotado de armas para servir a la prudencia y a la virtud, pero puede usarlas para las cosas más opuestas». ³⁶ Las armas no respaldadas por el uso de la virtud son las armas apartadas del uso constitucional.

Fue este planteamiento el que abrió la posibilidad de que Aristóteles abordara el tema de la «injusticia extrema». En *La Política* el filósofo, tal y como dijimos en el párrafo anterior, defenderá que el fundador del Estado es creador también de la ley y del más alto de los bienes, la justicia. Con ello, no podemos separar la justicia de la dimensión constitucional, como en Sócrates. «*Justicia es, en efecto, un fenómeno estatal, porque el Derecho es el orden de la comunidad estatal. Este Derecho es también el criterio de lo justo*». ³⁷ Sin embargo, en el caso de Sócrates seguía presionando en su filosofía y, sin necesidad de la mediación platónica de las ideas y, sobre todo, de la idea de Bien, Aristóteles conocía la necesidad de dar una solución al escándalo que representó su condena. Ese era el asunto de la injusticia extrema, de lo injusto legalmente. En su tratamiento, desde luego, Aristóteles siguió fiel al desarrollo inmanente de su filosofía política y de este modo alcanzó precisiones sustanciales sobre la forma adecuada de entender la constitución. Así, lejos de asegurar la imposibilidad de la injusticia extrema, únicamente identificó el sentido de una normativa que tendería a pensarla como punto de partida de los argumentos deliberativos para impedirla. Así afirma Aristóteles que «*en ningún caso puede ser justa una ley que persigue solo el provecho de una parte del pueblo en perjuicio de otra, y que, por ello, lleva al Estado a su perdición*». ³⁸ Era un fallo en la búsqueda del bien común lo que llevaba a la injusticia extrema, un fallo en la base democrática del Estado que corrumpía la democracia sin cambiar de régimen. En todo caso, quedaba clara la separación definitiva entre justicia y ley. La primera, la justicia, hace referencia al orden de la comunidad estatal intacto, en su integridad fundamental, en el orden de la constitución de la *polis* como tal. La ley, sin embargo, puede ser ya injusta en la medida en que, abandonando la presunción fundacional, solo sirva a intereses particulares. Entonces el orden de la *polis* se sigue expresando en una ley, pero sin justicia. Esta es la paradoja de que la democracia tenga el mismo nombre para el régimen ordenado de la mayoría y para el régimen corrupto. Basta que la mayoría imponga su

³⁶ Cf. *Política*. Trad. de Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 4-5. Libro 1, 1253a 30.

³⁷ Aristóteles. *Política*. 1253 a. *Apud* Hans Welzel, Op. cit., p. 35.

³⁸ *Idem*.

criterio en su propio favor, sin el respeto de la minoría para que la democracia se convierta en lo contrario de sí mismo sin dejar de ser ella misma; de ser un gobierno de la mayoría en una tiranía de la mayoría.

En realidad, como sabemos este problema era el propio de todas las constituciones y de ahí su interna capacidad de corrupción. En la teoría de las constituciones de Aristóteles hay, por lo tanto, dos clases de leyes que marcan con precisión la perfección de un régimen y su corrupción, sea cual sea el principio constitucional, monárquico, aristocrático o democrático: las corruptas, que persiguen el provecho particular, y las correctas que persiguen el interés general. En realidad, unas y otras son constituciones positivas, han sido establecidas por los hombres, bien sea de forma escrita o no escrita, pero las formas constitucionales virtuosas se fundan en la propia idea de *polis* y en el derecho natural que la ampara, en tanto que orden destinado al bien común. Derecho natural es el *telos* que configura la forma de una comunidad y por eso la fundamenta. Sin embargo, no puede dejar de concretarse en algunas de las tres formas de constituciones. En ese sentido, «*El Derecho válido para las comunidades políticas se divide en natural y legal. Natural es aquel que posee por doquiera la misma fuerza, independientemente de si es reconocido o no. Legal es aquel cuyo contenido puede ser, en principio, uno y otro, y que solo por disposición legal se halla determinado tal como lo está*»³⁹ La condición legal de toda constitución es justo aquella que puede resultar corrompida cuando se la compara con el orden inmanente para el cual la propia constitución fue conformada. La diferencia básica con Platón es que ese orden lleva al bien común de los ciudadanos, no al bien transcendente al que accede el filósofo.

Este bien común es el que se piensa con el uso virtuoso de una constitución legal. Aristóteles ha desplegado el argumento insistiendo en los aspectos inmanentes de la actividad política. De este modo, la justicia, en particular, tiene como objetivo conseguir la igualdad entre los individuos de una determinada relación y puede ser de dos tipos: correctiva y distributiva. La justicia correctiva es aquella realizada por los jueces y su objetivo es restablecer, en la medida de lo posible, el orden que fue destruido por modos de tratos delictuales, realizados tanto de forma voluntaria como involuntaria, estableciendo una especie de igualdad de trato, de imparcialidad.⁴⁰ Se trata del tipo de justicia que la tradición posterior considerará como conmutativa, en la medida en que está

³⁹ Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, 1134 b. *Apud* Hans Welzel, *Op. cit.*, 36.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 75.

en condiciones de proponer un bien que compense un mal. La segunda, la distributiva, es un acto del legislador y tiene como objetivo la distribución con igualdad de los bienes de la *polis*, debiendo el legislador dividir los bienes divisibles igual o desigualmente, en la medida en que lo justo es una especie de *término medio*, proporcional según los méritos. De hecho, afirma Aristóteles «si no son iguales, no tendrán partes iguales».⁴¹ Este es el fundamento de la idea de justicia como tratar lo igual como igual y lo desigual como desigual que inspirará buena parte de la edad media y que será el fundamento de la sociedad estamental occidental. Es decir, la distribución debe darse conforme los méritos de cada uno, quedando el problema de establecer cuáles son los méritos, puesto que no hay coincidencia al respecto entre los democráticos (libertad), los oligárquicos (riqueza o nobleza) y los aristocráticos (virtud).⁴² Ambas modalidades de justicia son consideradas formas de «justicia política», ya que tienen como ámbito la comunidad política y mantienen una estrecha relación con el funcionamiento jurídico-político. En ambos casos, sin embargo, estamos hablando de «justicia política», que Aristóteles distingue de la «justicia natural», de aquello que es justo por naturaleza y pertenece a la justicia no escrita, frente la «justicia legal», lo que es justo por alguna disposición, lo meramente convencional.⁴³ Sin embargo, esta justicia natural no es sino la norma superior que regula e inspira las formas de la justicia legal y que impone el *telos* del bien de la comunidad. Debemos aquí recordar hasta qué punto la idea de mérito de naturaleza pagana se proyectó en la edad media hacia la religión, determinando las teorías de la salvación por el mérito de las obras. Esto llevó a una comprensión de la salvación como acto de justicia, y no como gracia, idea contra la que reaccionará con fuerza Lutero.

En el fondo, esta justicia natural, que vela por el mantenimiento de una comunidad cohesionada, está en la base misma del otro significado de la justicia aristotélica: el que se refiere a la equidad. Un pasaje célebre de *Ética a Nicómaco* de Aristóteles nos trae la definición de equidad como «los decretos que se adaptan a los casos», un Derecho de carácter casuístico, con función individualizadora y apreciadora del caso a caso, en los moldes del *Common Law* inglés. Es muy importante señalar que «caso» aquí quiere decir aquello que no está previsto por la ley ni puede dilucidarse meramente desde una aplicación mecánica de la misma. Entonces se juzga algo sin soporte constitucional ni dispositivo legal, pero siempre con la vista puesta en la justicia natural, en el mantenimiento de la cohesión de la *polis*. En este sentido, la equidad socorre a la ley y

⁴¹ *Ética a Nicómaco*. Libro V, 1131a 25, p. 74.

⁴² *Idem*.

⁴³ *Ibidem*, p. 80.

corrige su omisión en los casos singulares. Lo equitativo sería, por lo tanto, una corrección de lo legalmente justo, un límite contra lo legal injusto o contra la injusticia que se derivaría de mantener una situación como ilegal y completamente al margen del tratamiento de la *polis*. Sin embargo, en realidad, lo equitativo puro en este sentido no restringe el uso del concepto. En los casos en los que también tenemos un respaldo constitucional y dispositivo, también tenemos que juzgar con la vista puesta en el telos último y natural de la ley, mantener la comunidad en su cohesión. Por eso puede decir Aristóteles que «lo justo» es «lo legal y lo equitativo, y lo injusto lo ilegal y lo no equitativo»⁴⁴ y por eso resalta que lo equitativo puro es también justo, aunque no sea lo legalmente justo, sino una corrección de la justicia legal. De hecho, dice Aristóteles:

*Cuando la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esa cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está bien, allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, corregir la omisión, aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí y habría hecho constar en la ley si hubiera sabido.*⁴⁵

Una vez más vemos así que todo el pensamiento de Aristóteles está gobernado al modo de los presocráticos por la idea de justicia como dependiendo en último extremo de una naturaleza de las cosas. En ella, la comunidad política aparece como aquello que beneficia a todos y cada uno de los ciudadanos. Por ello, la comunidad se mantiene en «lo justo legal» si es capaz de invocar el legislador originario, el momento en que se activó en esa comunidad lo natural. Para ello se requiere el uso virtuoso y prudente de la ley, algo que no es posible si los actores reales, los ciudadanos no lo son. Con ello Aristóteles ha comprendido que la naturaleza de las cosas, en el caso de la política, está sometida a una contingencia inapelable que siempre lleva en su seno la posibilidad de la corrupción. Con ello, se introduce en el pensamiento político la idea de la naturaleza decaída, corrupta. La razón de ello es que aunque toda ley es universal, en ciertas situaciones no es posible regular universalmente los casos particulares y eso da lugar a la posibilidad de la discrecionalidad, algo que solo puede ser controlado por la extrema prudencia. Por lo tanto, a través de la equidad, el juez puede corregir la imperfección de la ley, que sería válida en los casos habituales, pero que no es válida en determinados casos particulares. Así la equidad es la concreción del medio entre el exceso y la falta. Es

⁴⁴ *Ibidem*, p. 87. Libro V, 1137b 20.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 87. Libro V, 1137b 20.

la aplicación prudente de la ley en los casos en que el legislador originario no pudo prever y, con eso, hacer justicia en el caso concreto. Sin embargo, por eso mismo, es el momento del máximo riesgo, en el que la comunidad se puede orientar hacia lo contrario de sí, la corrupción que implica el exceso de decidir a favor de una parte.

Por eso, miradas las cosas desde las ocasiones que dan lugar a que la *polis* se corrompa, Aristóteles separó la idea de equidad (*épieikeia*) de la noción de justicia, y colocó la primera en un nivel superior al de la justicia normativa. Así definió «lo equitativo, si bien es mejor que una especie de justicia, es justo, pero no es el sentido de la ley, sino una rectificación de la justicia legal»⁴⁶. Para el filósofo, la ley es justa, pero la equidad es «más justa», ya que va más allá de la ley al corregir la omisión legislativa y al adaptarse a los casos concretos. Eso no quiere decir que lo equitativo sea siempre preferible a lo justo legalmente, sino todo lo contrario. La equidad tiene un carácter excepcional, pues como decía Platón, la equidad, de alguna forma, «se salta el derecho». Tenemos aquí el problema decisivo de la excepcionalidad. Sin embargo, en Aristóteles debemos recordar que la equidad se salta el derecho positivo en función de actualizar el derecho natural que hay implícito en toda idea de fundación de la comunidad. Por eso, cierta excepcionalidad es necesaria pues de otro modo se llegaría a la injusticia legal. Sin embargo, en la medida en que se activa el derecho natural, la equidad garantiza la mejor coherencia de la *polis*, la mejor virtud, y en este sentido el mejor uso de la normalidad de la propia constitución.

1.1.2.2 Kant y el problema de la justicia

Immanuel Kant, en su abordaje de la *Metafísica del derecho*, trata de distinguir de un lado el derecho natural o racional, procedente de los principios últimos de la razón práctica y constituido según principios *a priori* y, del otro, el derecho positivo, que proviene de la voluntad del legislador concreto y constituye el derecho empírico. Sin embargo, su idea de sistema impone que este último ha de quedar estructurado a partir de los principios racionales del derecho natural. Estos principios racionales imponen la idea de un contrato social originario que exigen la libertad, la igualdad y la autonomía civil para todos los ciudadanos. Toda la problemática de la filosofía jurídica de Kant se concreta en la relación entre ese contrato originario y las constituciones reales establecidas por los diferentes legisladores; esto es: todo el problema de Kant se concreta

⁴⁶ *Ibidem*, p. 86. Libro V, 1137b 10.

en las distancias entre el legislador racional y el legislador efectivo. En estas distancias, él ha diseñado el concepto de *lex permissiva* para regular las relaciones entre la idealidad y la facticidad jurídica. Por esa ley permisiva las sociedades alcanzan esa condición de historicidad que le permitió decir a Kant que la única institución vinculada a la moral en la que se puede observar cierto progreso es precisamente el derecho⁴⁷.

Para Kant, la voluntad distingue al ser racional del resto de la naturaleza; es decir, la naturaleza actúa conforme a sus propias leyes mientras que la racionalidad humana lo hace conforme a la *representación* de leyes abstractas e hipotéticas, formuladas y emanadas de acuerdo con su voluntad autónoma. De ahí la inevitable condición ideal de la razón práctica. Con respecto a esta representación ideal normativa se debe juzgar la objetividad de la realidad existente. En este sentido, entiende Kant, en contraste con la tradición antigua y medieval, que la justicia no es principalmente una virtud, sino una propiedad de la sociedad en el estado civil (*Status Civilis*). Él la considera el principio formal de la posibilidad de la condición jurídica entre los hombres y en el fondo está determinado por el imperativo categórico y los principios jurídicos fundamentales que se derivan de él:

El estado jurídico es aquella relación de hombres entre sí, que contiene las condiciones bajo las cuales tan solo cada uno puede participar de su derecho, y el principio formal de la posibilidad del mismo, considerado desde la idea de una voluntad universalmente legisladora, es la justicia pública que, en relación con la posibilidad, la realidad o la necesidad de la posesión de objetos (como materia del arbitrio) según leyes, puede dividirse en justicia protectora (iustitia tutatrix), justicia conmutativa (iustitia commutativa) y justicia distributiva (iustitia distributiva) – Aquí la ley enuncia en primer lugar únicamente qué comportamiento es internamente justo según la forma (lex iusti); en segundo lugar, enuncia lo que, según la materia, es también exteriormente legalizable, es decir, aquello cuyo estado de posesión es jurídico (lex jurídica); en tercer lugar, enuncia aquello que y a partir de lo cual la sentencia de un tribunal, en un caso particular, bajo una ley dada, es adecuado a esta, es decir, es de derecho (lex iustitiae); por lo cual se denomina también a este tribunal mismo la justicia de un país, y se puede plantear la pregunta sobre si existe o no una justicia semejante como la más importante de las cuestiones jurídicas.⁴⁸

Es decir, la justicia pública representa para Kant el principio formal de justicia, que opera en nombre del Estado jurídico, emana de la voluntad universal y de la ley del

⁴⁷ Villacañas, «Kant: Ilustración Jurídica versus razón de Estado». *Daimon* 7, 1993, págs. 35-55.

⁴⁸ Immanuel Kant. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 135-136.

Estado y, por tanto, asume la condición de la justicia distributiva y justicia protectora, mientras que la justicia conmutativa se realiza sobre particulares, pero desde un actor común en tanto juez. En este sentido, el principio de la justicia pública que afecta a la dimensión protectora y distributiva ya es el Estado en cuanto que requiere una ley universal. No puede haber sociedad sin un principio de justicia pública sea este conmutativa o distributiva. De este modo Kant niega la premisa hobbesiana y rousseauiana de que pueda existir un ser humano solitario. El ser humano es un ser social y solo puede existir realmente bajo un estado en el que cierta ley se cumple. Es la propia exigencia de cumplimiento de esa justicia básica la que genera la necesidad de elevar un estado civil dotado de instituciones públicas más refinadas.

Para Kant puede haber sociedad sin Estado, pero no sin justicia. Ahora bien. ¿Qué le añade entonces el Estado jurídico al estado social? La justicia pública en el estado social es solo conmutativa. En el estado jurídico es también distributiva según una ley universal. Si nos preguntamos cuál es la diferencia entre una justicia conmutativa y una justicia distributiva, tendríamos que decir que fundamentalmente reside en que una justicia conmutativa no necesita estar sometida a una ley universal de justicia, porque requiere hallar una equivalencia entre daños y penas mediante sentencia singular de un juez ajeno a las partes. Sin embargo, el comparativo que se considera ideal es el que existía antes de la actuación de justicia y por lo tanto respeta la facticidad de lo existente como única norma de lo que se considera justo. Por eso la justicia conmutativa repara y devuelve al estado originario, que no es sometido por ello a crítica normativa alguna. Por eso la justicia conmutativa en el estado social no requiere una ley universal, una ley general. En la justicia conmutativa no se requiere una voluntad universal, esto es, no se tiene necesidad del principio del Estado. Una vez que existe la conciencia de una ley racional, una voluntad universal, que es expresión de la voluntad general del Estado para definir la justicia, esto es, lo que constituye mi derecho, entonces sí puede haber justicia distributiva, pues el Estado debe velar para que se cumpla mi derecho. Esto significa que la justicia distributiva, una vez realizada, permite alterar el punto de partida social en el que se jugaba, en la medida en que la facticidad de la situación social se compara con la norma ideal que corresponde al derecho de un ser dotado de dignidad.

Tenemos así una justicia distributiva que, justamente por eso, puede ser protectora no tanto de la facticidad de lo que tienes, sino de aquello que es tu derecho tener. La justicia conmutativa no entra para nada en la justicia de tu propiedad, sino que observa el daño que has sufrido. La justicia distributiva puede entrar en identificar si esta propiedad

es tu derecho, porque la voluntad del Estado puede entrar en lo que se considera adecuado acerca de la legitimidad de una propiedad. Puede protegerla o puede reclamarla, puede delimitarla en atención al interés superior de la voluntad universal y a los principios metafísicos del derecho, que siempre implica una idea trascendental de propiedad como aquella que se reconoce adecuada a la idea de autonomía humana.

Esa idea ayuda a comprender la teoría de la propiedad kantiana, en la que el derecho a la propiedad se caracteriza por el reconocimiento correcto que se ha de dar en aquel derecho imaginado en el estado de naturaleza social. Kant defiende que *«antes de la constitución civil (o prescindiendo de ella) tiene que admitirse como posible un mío y tuyo exterior, y a la vez el derecho de obligar a cualquiera, con el que podamos relacionarnos de algún modo, a entrar con nosotros en una constitución, en la que aquello pueda quedar asegurado»*⁴⁹. Kant por tanto considera que la idea de derecho funciona en la historia mediante la conversión de la «posesión jurídica provisional» - propia del estado social natural imaginado – en una «posesión perentoria», para con ello fundamentar su pasaje del estado social natural al estado civil. En ese sentido, afirma Kant:

Esta prerrogativa jurídica, que resulta del estado de posesión empírica según la fórmula: dichoso el poseedor (beati possidentes), no consiste en que éste, dado que cuenta con la presunción de hombre justo, no precise probar que posee algo legalmente (ya que esto vale solo en el derecho litigioso), sino porque, según el postulado de la razón práctica, todos tienen la facultad de tener un objeto exterior de su arbitrio como suyo; por consiguiente, toda tenencia es un estado cuya legitimidad se funda en este postulado por un acto de la voluntad precedente, y que autoriza según la ley de la libertad externa, si no se opone una posesión anterior del mismo objeto por parte de otro, por tanto provisionalmente, a hacer desistir de toda pretensión de usar el objeto a cualquiera que no quiera entrar conmigo en un estado de libertad legal pública, para usar, conforme al postulado de la razón, una cosa que solo no sería anulada en sentido práctico.⁵⁰ (el subrayado es mío)

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el estado social natural, con sus facticidades preexistentes, no se traduce de forma exhaustiva en estado civil ni el Estado está en condiciones de someter a su normativa todas las situaciones fácticas de la vida social. Por eso, el estado civil requiere de la aplicación permanente del criterio ideal del

⁴⁹ Immanuel Kant. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Editorial Tecnos, 1994, p. 70, AK 257.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 71-72.

contrato originario. En este sentido, el proyecto kantiano aspira a liberar a los individuos de los supuestos dictados de la naturaleza humana y de la doctrina de la prudencia natural, que usaban en el estado social natural, para convertirlos en racionalidades legisladoras, en sujetos que establecen el orden político y jurídico, a partir de una noción fundacional de moralidad y con ella de justicia, constituida por la propia comunidad política⁵¹. Es decir, para que el estado social histórico dado sea reconocido como justo tiene que cumplir de alguna manera con los principios que se concitan en el contrato originario: tener libertad, independencia e igualdad entre los miembros de la comunidad, atributos todos ellos derivados de la dignidad humana que les confiere el imperativo categórico. Kant formula el concepto de ley universal de la libertad como imperativo categórico que distingue lo digno de lo indigno, lo moralmente bueno de lo moralmente malo. Y de él extrae la estructura dinámica que desde el estado social lleva, por inevitable despliegue racional autoconsciente, al estado civil.

Kant, al construir su pensamiento a partir de la naturaleza racional del ser humano, a través del cual se desprende el principio de la dignidad humana, fue el precursor de la idea de autonomía del individuo, defendiendo que el hombre existe como un fin en sí mismo y que no podría ser utilizado como medio para el uso arbitrario de ninguna voluntad. Aquí recordamos una de fórmulas generales del imperativo categórico: «*obra de tal modo que trates la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio*»⁵².

A esta normatividad derivada de la razón práctica y de los principios fundamentales del derecho no se acaba de someter nunca el ser humano y por eso ningún estado social puede diluirse por completo en el estado civil. Este hecho tiene profundas raíces antropológicas que se enraizan en la naturaleza narcisista del ser humano. Por eso, el derecho es la prueba de una superación antropológica y desde luego es la herramienta anti-narcisista por excelencia. La justicia no tendría ningún sentido si el ser humano no hubiera aprendido a pensar en el otro y sin ese aprendizaje la idea de justicia es completamente vacía. A ese respecto, en su ensayo *Dificultades con la Ilustración* afirma José Luis Villacañas:

⁵¹ Cf. José Luis Villacañas, *Res publica. Los fundamentos normativos de la política*, en Akal, Madrid, 1999. Todo el segundo capítulo, donde se abordan las diferencias entre estado social y estado civil con detenimiento.

⁵² Immanuel Kant. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Ak. IV, 429. Trad. Manuel García Morente. Madrid: Espasa-Calpe, 1980.

La prestación básica del concepto consiste en propiciar un Denkungsart que viene caracterizado por Kant como aquel que “encierra” —befassend— die ganze Welt in seinem Selbst². Este proceso de reducción, de ocuparse con el propio Sí mismo, es visto por Kant como un destino. Sin duda, opera más allá de la conciencia. Kant ha percibido que va más allá de la aprehensión, de las operaciones intelectuales y del pensamiento, porque apunta más allá de la fase en que el niño dice “yo”. Con esta observación ha iniciado su Antropología: que los seres humanos se sienten meramente a sí mismos antes de pensarse a sí mismos. Antes de decir “yo” hay una pulsión que siente “sí mismo”. En una frase que todavía debería dar mucho que pensar, Kant dice que “desde el día en que el ser humano comienza a hablar a través del Yo —durch Ich zu sprechen—, lleva la presencia allí donde puede de su amado Sí Mismo —sein geliebtes Selbst”³. El Ich, con su aprehensión, no hace sino sacar a la luz y conciencia su Selbst. La reflexión y la aprehensión no parecen sino una forma de responder al amado Selbst, y no parecen tener otra energía de base que una cierta forma de amor. Con una resignación, que debería ser recordada en otros contextos, Kant ha sugerido que “la explicación de este fenómeno podría resultarle bastante difícil al antropólogo”⁵³

La razón en Kant se basa en la necesidad de superar ese narcisismo originario y está orientada justo a esa superación. Su debilidad mayor reside en que no hay forma de desprenderse completamente de ese narcisismo. Queda claro, entonces, que del imperativo se deriva la naturalidad y racionalidad implícita de la relación social, se deriva la idea de que no es pensable que dos seres humanos se relacionen entre sí sin que de algún modo se haga valer su estructura racional (estatuto de seres racionales) y, por lo tanto, esa relación esté de algún modo regida por el imperativo categórico. Y esto demanda, por obvio, la noción de justo y de lo injusto en tanto seres cuya libertad se despliega externamente como arbitrio y en relación con los objetos externos, esto es, seres necesitados para su autonomía de una propiedad. Pero, solo seres humanos que han sido previamente reconocidos en su estatuto de seres morales, como dignos, esto es, como seres que no se pueden usar como instrumentos o medios unos de otros, seres que han superado el narcisismo originario, pueden efectivamente vincularse a los acuerdos que inexorablemente son necesarios para la idea de justicia. Solo porque los seres humanos son dignos, y son fines en sí mismos y se les reconoce la dignidad (algo que no va contra el narcisismo originario, pero lo limita el reconocerlo en los demás), están en condiciones de poder entrar conjuntamente en la definición de lo justo y de lo injusto acerca de su propiedad. Solo con seres iguales, libres y autónomos tiene sentido entonces la noción de

⁵³ José Luis Villacañas. *Dificultades con la Ilustración*. Disponible en: http://alooptico.us.es/Araucaria/nro21/ideas21_2.pdf.

la justicia. Si no, unos seres humanos podrían excluir a otros de la definición de los justos y de los injustos. En cierto modo hay un nivel superior de normatividad del imperativo categórico porque contiene el estatuto de seres humanos que han dejado atrás la fase del narcisismo originario, de aquellos que deben participar como seres morales en la definición de lo justo y de lo injusto. Solo porque funciona el imperativo categórico, la definición de lo justo y de lo injusto compete a los mismos seres humanos. El imperativo categórico prohíbe que tenga valor para nadie que no sea el propio ser humano o un ser racional finito. Y en la medida que concede a todos la estructura de la dignidad compete a todos los seres humanos. Por eso el estado social, en el fondo, ya es un estado civil potencial que, aún sin ley general, concierne a la totalidad de la comunidad y todos los testigos deben estar de acuerdo con sus medidas de equivalencia y por lo tanto ponerse ya en el camino de un verdadero estado jurídico.

En su obra *La Metafísica de las Costumbres*, Kant, que establece un paralelismo entre moral y Derecho, señala la existencia de una doble legislación que actúa sobre el hombre, consciente de su propia existencia y de la libertad: por un lado, la legislación interna, que se refiere a la moral, a la obediencia del deber de fuero íntimo, y por otro, la legislación externa, que es el Derecho positivo propiamente dicho, con sus leyes destinadas a regular las acciones externas.

En este sentido afirma Kant:

Así como el derecho en general solo tiene por objeto lo que es exterior en las acciones, el derecho estricto, es decir, aquel que no está mezclado con nada ético, es el que no exige sino fundamentos externos de determinación del arbitrio; porque entonces es puro y no está mezclado con prescripciones referidas a la virtud. Por tanto, solo puede llamarse derecho estricto (restringido) al derecho completamente externo.⁵⁴

Por eso, Kant estaría en lo cierto al decir que la diferencia del estado Social y el estado Jurídico reside en que este ha obtenido conciencia de la ley universal y que en el fondo tiene que regir toda la sociedad y está en condiciones de movilizar la voluntad general para realizarla y cumplirla con medidas de alcance universal extensivo, por mucho que jamás pueda reconducir todas las relaciones sociales a jurídicas. Es un estado

⁵⁴ Immanuel Kant. *La metafísica de las Costumbres*. Traducción Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 2005, p. 41.

de ley general o universal explícita, mientras que el estado social es un estado de ley universal implícita.

La tesis kantiana concede prioridad incondicional a la forma del progreso jurídico sobre el progreso material y desde luego sobre el incierto progreso moral. Lo más importante es que ese progreso brota de las propias bases materiales del estado social, surge de sus propios problemas y ofrece a la razón bases reales para su despliegue. El reconocimiento implícito que sostiene el estado social ya es una realidad latente respecto del reconocimiento explícito que se da en una constitución regida por el contrato originario y lleva en ciernes el reconocimiento de la libertad de todos. Por eso, afirma José Luis Villacañas que, en ese sentido, *«la forma democrática ya impone en germen el contenido distributivo de la justicia. Esta afirmación nos conduce a la idea de que la justicia intraestatal es el fin interno impuesto por la forma normativa del derecho por el mero hecho de originarse a través de la publicidad»*.⁵⁵ Es decir, la justicia distributiva, la justicia jurídica, la justicia en el Estado, en el fondo, es el «fin interno de la forma del derecho», y es el fin interno incluso de la justicia conmutativa, de tal modo que muchos filósofos, entre ellos Max Weber, cuando tienen que ver cómo se funda el Estado, dicen que el Estado, en último extremo, siempre tiene un origen penal, un origen de justicia conmutativa, en la medida en que impide el surgimiento de la venganza privada, para impedir que la violencia sea un ciclo continuo. De ahí que reclamen el monopolio de la violencia. Esa dimensión universal sería la originaria del estado civil.

Desde el mismo momento en que se produce una justicia conmutativa, esto es en que se produce una sentencia pública, una sentencia que es de obligado cumplimiento de las partes, ya se está generando un «telos» que inexorablemente lleva al Estado. El hecho de que la sentencia sea pública exige ya un reconocimiento de la totalidad de la sociedad, exige que sea la sentencia de una voluntad que la sociedad reconoce y por lo tanto ahí está «en germen la ley universal». Esto se conecta con la idea de Kant de que el «progreso de la sociedad es un progreso jurídico» y que este sea el único y verdadero progreso. Y es un progreso porque teleológicamente ya está demandado desde el inicio. Es decir, el proceso que lleva racionalmente la sociedad está orientado teleológicamente al Estado. Y como dijo José Luis Villacañas *«el progreso jurídico se da aquí en la medida en que el progreso formal –aumento del potencial democrático del derecho como acuerdos de*

⁵⁵ José Luis Villacañas Berlanga. *Res Publica. Los Fundamentos normativos de la política*. Madrid: Ediciones Akal, 1999, p. 90.

voluntades— determine un mejor y nuevo acuerdo material de justicia distributiva, por el que un máximo de arbitrios singulares ven reconocido su derecho a la propiedad en un momento histórico»⁵⁶.

Sin embargo, al tratar del problema técnico de la producción de derecho, o sea, el tema de la «prudencia política», Kant afirma que ese aspecto técnico abre camino a las dimensiones realistas del derecho y de la política, para *«lograr la paz perpetua, a la que se desea no solo como un bien físico sino, además, como un estado nacido del reconocimiento del deber.»⁵⁷*

Como resulta evidente, la doctrina jurídica de Kant contribuyó de forma significativa para la formación del Estado liberal. Para él, el Estado nace con un fin fundamental: hacer posible la instauración, conservación y fijación o concreción de los propios derechos naturales por los individuos; es decir, el Estado jurídico permite la plena y eficaz conservación del estado social, que para Kant es el verdadero estado natural del ser humano.

Sin embargo, lo que más nos interesa de Kant es el concepto de *lex permissiva*, como ya dijimos y ahora vamos a intentar exponerlo. Al desarrollar su teoría moral del deber, Kant hace un estudio de las leyes que regulan la conducta humana desde el punto de vista meramente racional. Según el filósofo, para que una acción sea moral no basta que sea coherente con el deber, sino que también es necesario que sea cumplida debido a él. Es una ética de deberes de justicia y de respeto hacia los demás. Hay que vincular la voluntad humana y el «vivir social» y, al decir de José Luis Villacañas hay que «impedir que el presente se aleje de la normatividad de justicia reconocida idealmente en la constitución»⁵⁸ y, de ahí la necesidad de la «provisionalidad de todo el derecho material», porque como ya hemos visto, ni la situación social queda exhaustivamente reducida a ley universal ni esta por tanto es idéntica a las exigencias normativas que presentan en su componente ideal. Por tanto, todo estado jurídico vive en una tensión: conoce leyes ideales, pero tiene leyes concretas materiales que se distancian de aquellas y que permiten que muchas situaciones sociales queden sin ser atravesadas por el estado jurídico. Por lo tanto, es necesario mantener la dimensión crítica de las leyes ideales respecto de las leyes reales. Sin embargo, esa dimensión crítica no puede conducir a la anulación del estado civil conquistado, porque eso nos llevaría de regreso al estado social. Por tanto, la crítica

⁵⁶ *Ibidem*, p. 91.

⁵⁷ Immanuel Kant. *La Paz Perpetua*. Traducción Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 1985, p. 55.

⁵⁸ Villacañas, *Op. cit.*, p. 213.

ha de ser una actividad reglada, sometida también a cierta norma. Como veremos esta es la estructura del propio ensayo de someter el activismo judicial a normatividad interna. A esas reglas que ordenan la crítica y que constituyen la base de lo que podríamos llamar una «Ilustración considerada» en cierto modo, Kant las llama leyes permisivas.

En ese sentido, afirma José Luis Villacañas:

Estas leyes deliberativas-permisivas deciden, por tanto, los plazos de la instauración plena de las previsiones constitucionales normativas. Sin estar acompañadas de las medidas ejecutivas, no tienen verosimilitud progresista. Dado que en el fondo conceden valor provisional a situaciones que van en contra de los contenidos normativos más profundos de la constitución republicana, situaciones que en un mundo perfecto estarían claramente prohibidas, las leyes permisivas deben marcar de una manera clara las circunstancias temporales bajo las que provisionalmente valen. Mas al marcar explícitamente estas circunstancias, al mismo tiempo se reconocen como situaciones que deben ser abiertamente superadas.⁵⁹ (el subrayado es mío)

Es decir, si el Estado tiene como obligación generar una justicia distributiva y esta justicia debe hacerse desde la ley universal, derivada en último extremo de la voluntad general que procede del estatuto de todos los seres humanos como ciudadanos activos, entonces es inevitable que el Estado examine la propiedad actual respecto de lo que podemos llamar la norma de una «propiedad transcendental»⁶⁰. Esto es, no toda propiedad social empírica puede recibir el juicio a priori de ser una propiedad justa. Porque no toda propiedad empírica permite que todos los seres humanos puedan ejercer su arbitrio racional, esto es, puedan tener un campo de propiedad capaz de garantizarles la autonomía civil. No toda propiedad es compatible con la exigencia racional de que todos los seres humanos tengan la suya. No toda propiedad empírica permite que la propiedad se universalice. Aquella propiedad empírica que impide que la propiedad se universalice es una propiedad injusta y debe ser redistribuida. Ese es el objetivo de la justicia distributiva. Lo que nos ofrece, en el fondo, la problemática de John Rawls. Si nos preguntamos: ¿cómo debemos hacer la justicia distributiva? Lo hacemos de una manera que permitamos, desde una perspectiva «utópica rousseauiana», que todos evalúen su propiedad en la medida en que pueda convertirse en universalizable. Si no se supera el

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 215.

⁶⁰ Propiedad aquí visto como aquello que permite el ser humano ser autónomo.

test de universalidad, entonces tendrá que ser redistribuida. Sin embargo, no toda redistribución permitiría mantener la adhesión de los ciudadanos a la constitución. Aquí entra el postulado de la «lex permissiva»:

Este postulado puede llamarse una ley permisiva (lex permissiva) de la razón práctica, que nos confiere una competencia que no podríamos extraer de los meros conceptos del derecho en general; a saber, imponer a todos los demás una obligación que no tendrían de no ser así: la de abstenerse de usar ciertos objetos de nuestro arbitrio, porque nos hemos posesionado de ellos con antelación. La razón quiere que éste valga como principio, y esto ciertamente como razón práctica que se amplía a priori a través de este postulado suyo.⁶¹

Entiende Kant que el test rousseauiano, en toda su abstracción racional, no se le puede pedir a un «arbitrio racional» porque durante un tiempo tiene que desprenderse completamente de sus objetos, de sus objetos legítimos de arbitrio. Por lo tanto, ese «momento angelical» es imposible de imaginar en el ser humano, porque el ser humano es, por naturaleza, un ser finito y tiene relaciones afectivas y materiales con sus objetos. Es arbitrio y tiene deseo. Es imposible esa fractura radical, revolucionaria, dice Kant, que implica operar políticamente solo con conceptos. La razón práctica debe ampliarse aquí. Por eso, defiende el filósofo que podemos considerar como «ley permisiva» aquel «estado transitorio de injusticia» siempre que no nos impida progresar en un estado de justicia superior. En el fondo es lo que defiende también John Rawls cuando afirma que podemos asumir la desigualdad siempre que no vaya en aumento, esto es, siempre que la desigualdad que vivimos ahora nos sirva para disminuir la propia desigualdad en un futuro inmediato.

Hasta aquí, quedan claro dos puntos clave para la comprensión del capítulo siguiente que tratará de la racionalización formal y racionalización material del derecho. En primer lugar, la distinción entre estado social y estado civil-jurídico. Por lo que hemos visto, un estado social no puede lograrse sin principio de justicia, pero puede ser solo la justicia conmutativa, que se producirá entre particulares. El estado jurídico es aquel en que la justicia conmutativa está protegida además por principios universales y, por lo tanto, solo se da bajo una ley pública, expresa. Eso significa que incorpora la dimensión

⁶¹ Immanuel Kant. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 57.

protectora y la dimensión distributiva. Sin embargo, el ser humano, aristotélicamente, nunca está en un estado de naturaleza que no sea a su vez un estado social. Por lo tanto, en la propia forma natural del ser humano ya está la idea de justicia. Eso significa que allí donde existe el estado humano, ineludiblemente existe la dimensión racional que implica de forma implícita tener que incorporar el imperativo categórico de algún modo, consciente o inconsciente, expreso o implícito, latente o presente, y por lo tanto que el imperativo categórico, *per se*, lleva adelante o incorpora en su propia formalidad, en su propia estructura, la exigencia de dar el paso al estado civil y jurídico, y por lo tanto, la exigencia de entrar en un estado universal y legal de justicia. El imperativo categórico en último extremo no tiene la posibilidad de realizarse de forma alguna si no se canaliza a través de la idea de justicia y esto aunque no exista la idea de Estado. Sin embargo, como el imperativo categórico rige la noción de los seres humanos racionales desde el principio, cualquier estado de naturaleza ya es un estado social. No podemos ver al ser humano sin vivir ya como estado social y la representación de un ser humano que no haya superado de alguna forma el narcisismo originario y no haya entrado en relaciones sociales es la misma imagen de la muerte. En la medida que el estado natural ya es un estado social, no podemos entenderlo al margen de la relación normativa que es el imperativo categórico. En este sentido, el concepto de la ley universal de la libertad, que es el imperativo, ya implica la noción de justicia de algún modo y, por lo tanto, reclama la noción de justicia.

En segundo lugar, la importancia de la ley permisiva como mecanismo de regulación de la justicia material. La ley permisiva ya implica una especie de justicia material, y exige haber diagnosticado que una propiedad es injusta. Implica decir que determinadas formas de justicia, que determinadas formas de propiedad, si se eternizasen, impedirían que hubiese seres racionales con sus objetos legítimos de arbitrio, e impedirían que todos los seres humanos pudiesen gozar de la propiedad. Y en este caso, esto sería una propiedad injusta, ilegítima y no permitida por la razón, sino solo por la fuerza desnuda de la facticidad. Sin embargo, la ley permisiva establece que una propiedad, aun sabiendo que desde el punto de vista transcendental no es legítima, puede ser permitida en la medida en que no impide del todo que los demás seres humanos con carácter universal puedan acceder mejor a la propiedad que como seres dignos merecen. Esa es la noción de ley permisiva, que en el fondo regula la idea de justicia material y la conecta con la política, pues siempre supone una decisión, la de permitir provisionalmente un estado de cosas en atención a la prudencia. Gráficamente tenemos:

<p>Estado social (justicia conmutativa) ley universal implícita, pero con publicidad</p> <p>-----</p>	<p>Estado civil-jurídico (justicia distributiva) ley universal explícita objeto de una voluntad general</p> <p>-----</p>
---	--

Lex permissiva

Regula el paso de un estado a otro

En la medida que eso es así, existe una voluntad general en la medida en que la justicia distributiva no solamente protege la propiedad, los objetos de la autonomía de cada una o uno, sino que también vela porque todos tengan autonomía. Por lo tanto, esa voluntad general ha de querer que todos tengan una propiedad que sea objeto de su arbitrio. Eso implica el concepto de una propiedad transcendental que está anclada en el mismo concepto de razón; esto es, a cada uno debería pertenecerle una propiedad por el hecho de ser un ser digno y autónomo y esa propiedad transcendental no es siempre la propiedad jurídica, o la propiedad social. Para lograrla, se requiere la redistribución. Para ello, determinada propiedad social fácticamente existente será real, será posesión, pero no será propiedad justa y, por lo tanto, se puede tener en cuenta y reconocer solo a través de la ley permisiva. Esta autoriza a que el ritmo de la transformación del estado social en civil, de su posesión en propiedad, se module mediante cierto ritmo y somete dicho ritmo a la prudencia política. Podemos decir que la *lex permissiva* es la que rige la prudencia del legislador que encarna la voluntad general. Nuestra tesis es que el activismo judicial surge por esta *lex permissiva* del legislador y es la contrapartida de esta. Como ella se basa en la norma de la prudencia, pero de una prudencia contraria que desautoriza esa permisividad y a su manera permite una relación directa con los principios metafísicos de la constitución ideal o en su caso los derechos fundamentales inscritos en una constitución real.

1.1.2.3 Los últimos kantianos: Rawls y Habermas

La teoría moral kantiana ha influenciado en las propuestas teóricas tanto de Rawls, con su «posición original», como de Jünger Habermas con el «principio de la ética del discurso», siendo ambas consideradas reformulaciones del imperativo categórico desarrollado por Kant. Vamos a analizar brevemente algunos de estos desarrollos porque

son importantes para comprender la índole de los problemas a los que nos vamos a enfrentar en los siguientes capítulos de esta tesis.

Como es sabido, John Rawls defendió en cuestiones de justicia el procedimentalismo, el racionalismo y el cognitivismo, siempre vinculando estos elementos con el discurso público democrático. Hay un eco de la filosofía de Kant en esta diferencia entre razón teórica y razón práctica con la que chocamos nada más comenzar su gran libro. Entonces nuestro filósofo afirma que «la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad es de los sistemas de pensamiento».⁶² Aquí razón práctica ha sido separada de la cuestión de la vida buena que contempla el momento de la moral individual. En este sentido, Rawls se interesa por el tema de la «justicia social», cuyo objeto es la «estructura básica de la sociedad, o más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social»⁶³. Es decir, la justicia depende esencialmente de cómo se asignan los derechos y deberes fundamentales y de las oportunidades económicas, los recursos y las condiciones sociales. Se supone que todo esto corresponde a lo que en términos kantianos se nos ofrecía como la metafísica del derecho, dejando de lado completamente la problemática de la metafísica de la virtud.

Sin embargo, en realidad, vemos que Rawls no ha podido separarse por entero del horizonte del iusnaturalismo que hemos apreciado en Aristóteles y que tan presente está en la idea de contrato originario de Kant. En ese sentido, Rawls presenta su teoría de la justicia teniendo como idea central que «los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad son el objeto del acuerdo original».⁶⁴ Partiendo de la «posición originaria»⁶⁵, similar al estado de naturaleza, Rawls surge que al excluir todas las causas de parcialidad –actuar con «velo de ignorancia»- se produciría un resultado imparcial y equitativo. Se trata de una exigencia de imparcialidad que es clave para su teoría de justicia como equidad. Sea como sea, no cabe dejar de apreciar aquí un problema aristotélico: la justicia como equidad tiende a eliminar el principio mismo de la corrupción de toda constitución según Aristóteles, a saber, juzgar en beneficio de una parte.

⁶² John Rawls. *Teoría de la Justicia*. Trad. María Dolores González. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 17.

⁶³ *Ibidem*, p. 27.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 24.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 119-184.

Es para alcanzar una adecuada solución al problema de la elección que Rawls tiene necesidad de algún procedimiento que garantice la equidad. En este sentido, su problema es concretar aquella forma en la que la fundación originaria se realiza de nuevo en la vida de las instituciones. Por supuesto que aquí está implicada la retórica, pero en la medida en que se trata de un procedimiento imitable y repetible puede recibir la calificación de racional. Así, Rawls plantea que la posición original habrá que tener en cuenta los principios de la justicia, que desempeñarán su papel en nuestro razonamiento y conducta morales. Esos principios de la justicia de Rawls son los siguientes:

a) **Principio de la libertad:** cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos;

b) **Principio de la diferencia:** las desigualdades sociales y económicas han de ser estructuradas de manera que sean para el mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y unido a que los cargos y las funciones sean asequibles para todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades⁶⁶.

Vemos aquí un eco de aquellos principios fundamentales del derecho kantiano derivados del contrato originario y del imperativo categórico: la libertad, la igualdad y la autonomía, que es el verdadero principio que fundamenta la diferencia. Queda claro que el objetivo de Rawls con la posición original es utilizar la noción de justicia «puramente procesal como base de la teoría», establecer un «velo de ignorancia»⁶⁷ con cuyo *status quo* inicial se busca garantizar un espacio en el que los acuerdos alcanzados sean imparciales, y con eso se daría lugar a la denominada «justicia como imparcialidad». En suma, no podemos dejar de apreciar aquí una dinamización de la idea regulativa kantiana de contrato originario. La tesis sería que si una sociedad no es capaz de asegurar el dinamismo de la justicia como equidad pronto será imposible representarse esa sociedad como fundada en un contrato democrático.

Sin embargo, lo más interesante de Rawls es que intenta fundar y garantizar de manera operativa esta noción kantiana de autonomía o independencia civil sin la que la noción de libertad no tiene evidencias. Hablamos por tanto de una condición económica del ciudadano de disponer de medios suficientes para garantizar su vida creativa y libre.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 80-118 y 187-242.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 135. Rawls reconoce que la noción de velo de la ignorancia le parece implícita en la ética de Kant (§ 40) p. 139.

El propio Rawls reconoce que una «doctrina de economía política debe incluir una interpretación del bien público basada en una concepción de la justicia. Ha de guiar las reflexiones de los ciudadanos cuando consideren los problemas de política económica y social».⁶⁸ Más aún, Rawls defiende que una sociedad bien ordenada está regida por su «concepción pública de la justicia». Sin embargo, al final, acaba atendiéndose a la referencia de los «*bienes primarios*», a los aspectos económicos y acreditando toda la estabilidad de la justicia en las «*instituciones justas*»⁶⁹. Estos bienes primarios desde luego son aquellos que están implicados en la suficiente autonomía del ciudadano, aquellos que definen el estándar de la dignidad y sin los cuales no se puede entender que un ciudadano entregue su consentimiento a un estado de cosas fundado en un contrato.

Sus dependencias de Kant, sin embargo, iban más allá. Esto se descubre cuando apreciamos que la concepción de Rawls no estaba exenta de supuestos que conciernen al estatuto del sujeto. Esto es lo que sucede cuando Rawls trata el tema de la *igualdad de la libertad* y aquí afirma que «el deseo de actuar con justicia se deriva en gran parte del deseo de expresar lo más exactamente posible lo que somos o lo que podemos ser, especialmente como seres libres y racionales con libertad de elegir», razón por la cual, en su opinión, Kant⁷⁰ entiende que no actuar conforme la ley moral no da lugar a un sentimiento de culpa, sino de vergüenza, que no concierne ante todo a los otros, sino a la reflexividad con uno mismo.

El proyecto filosófico de Rawls, heredero del movimiento ilustrado, traza una teoría de la justicia con la pretensión de encontrar el punto arquimídeo de la imparcialidad y con capacidad de impartir la justicia en una sociedad ordenada, de origen contractual. Sin embargo, recibió muchas críticas, entre las cuáles, destacamos la crítica de Allan Bloom⁷¹.

Allan Bloom hace una severa crítica de la obra de John Rawls *Teoría de la Justicia* (*A Theory of Justice*), que describe como un libro muy grande por el número de páginas y por la magnitud de sus pretensiones, pero que decepcionantemente no es radical ni habla

⁶⁸ John Rawls. *Teoría de la Justicia*. *Op. cit.*, p. 244.

⁶⁹ John Rawls. *Teoría de la Justicia*. *Op. cit.*, p. 411. Las instituciones son justas, según Rawls, cuando «no hacen distinciones arbitrarias entre las personas al asignarles derechos y deberes básicos y cuando las reglas determinan un equilibrio debido entre pretensiones competitivas a las ventajas de la vida social» p. 19.

⁷⁰ Afirma Rawls que «el objetivo principal de Kant es profundizar y justificar la idea de Rousseau de que la libertad consiste en actuar de acuerdo con una ley que damos a nosotros mismos». *Ibidem*, p. 240.

⁷¹ Allan Bloom. *Gigantes y Enanos. Interpretaciones sobre la historia sociopolítica de Occidente*. (Título original: *Giants and Dwarfs*, 1990). Trad. Alberto L. Bixio. Buenos Aires: Gedisa editorial, 1991. pp. 299-328.

de responder a la necesidad de una defensa o renovación de la democracia liberal que permita su supervivencia. Se limita a abordar los problemas de conciencia de la sociedad demócrata liberal norteamericana o anglosajona, como los problemas de libertades civiles en naciones libres o la distribución de riqueza en naciones prósperas.

Según Bloom, lo que se propone hacer Rawls es suministrar principios de nuestro sentido moral preexistente, elaborar las implicaciones de nuestras instituciones o convicciones, decirnos lo que entendemos como justicia y hallar una base de acuerdo entre nuestros contemporáneos. Con ello justifica la democracia liberal y el Estado providente, orientando al lector en la dirección de mayores reformas y mayor tolerancia de conformidad con la democracia liberal de los países anglosajones. Eso hace sospechar a Bloom que Rawls comenzó considerando lo que se desea aquí y ahora y luego buscó los principios para racionalizar ese deseo.

Rawls presenta el concepto de «posición original» del hombre, en la que éste no conoce su meta, solo sabe que debe tener una que le haga feliz y elige una sociedad liberal pues por lo menos en ella se le permitirá perseguir una meta siempre que no perjudique a los demás, llegándose a un contrato social sobre una base de igualdad según el cual cada hombre adhiere la sociedad civil solo con la condición de que se le garanticen ciertos derechos mínimos. Bloom compara este concepto con el «estado de naturaleza» de las doctrinas del contrato social de Hobbes, Locke y Rousseau y lo califica de invento que Rawls pretende insertar como base de la sociedad liberal para justificarla, ignorando el estado de naturaleza con el ser humano despojado de convenciones y con su natural preocupación primaria de conservarse y no perder su vida, y colocando la honradez en lugar del miedo a la muerte como eslabón que falta en su teoría al ignorar el «estado de naturaleza» y sustituyendo el igual derecho a la vida por el igual derecho a la felicidad.

La felicidad, según Rawls, es la satisfacción puramente subjetiva que acompaña al éxito en la realización de los planes de uno y la expectativa de que dicho éxito continúe. Dichos planes constituyen los «planes de vida» de cada individuo, y al ser meramente una cuestión de preferencia subjetiva son en principio iguales. Esto hace pensar a Bloom que Rawls solo trata oblicuamente la relación de la calidad con la igualdad, haciendo que desaparezca la distinción entre el gran hombre y el hombre común, algo que para Bloom tiene el efecto de hacer a un hombre incapaz de distinguir lo grande de lo mediocre.

Bloom es muy crítico cuando dice que Rawls acude a filosofías anteriores solo para prestar apoyo a su propio pensamiento, recogiendo ideas aquí y allá sin captar nunca la necesidad de los argumentos y poniendo como ejemplo de ello sus referencias al

hombre moral de Kant, el ciudadano de Rousseau y a Aristóteles y un principio aristotélico que Rawls inventa para juzgar la racionalidad de los planes de vida.

Rawls muestra el sentido de la justicia como una de esas aptitudes de cuyo ejercicio gozan los seres humanos y que es la condición para que podamos ser miembros de una buena sociedad y podamos mantenerla, de forma que esa buena sociedad nos hará felices porque satisface nuestro sentido de justicia. Para ello expone tres fases del desarrollo moral que a Bloom le parecen similares a la socialización política, una manera de hacer que los hombres formen parte del grupo, sea o no natural o bueno para ellos, y critica que el abandono que hace Rawls de la naturaleza abra el camino para una manipulación ilimitada del hombre.

Finalmente, para Bloom la obra de John Rawls revela su ignorancia de los grandes pensadores clásicos y de los problemas que abordaban, lo cual es el resultado de una escuela de filosofía que ignora a los antiguos pensadores, que no acepta la posibilidad de que supieran más que ellos mismos y que cree que ella inventó la filosofía. Es el resultado, y a la vez una contribución más, de una pérdida de la instrucción.

Sin embargo, ha sido el filósofo alemán Jünger Habermas quien ha actualizado al máximo los planteamientos kantianos en su obra tardía *Facticidad y Validez*, tras los grandes desarrollos de la teoría de la acción comunicativa. Como Kant, Jünger Habermas tiene un proyecto centrado en la libertad humana y en la justicia y se destaca especialmente por su aportación referente a la «teoría de la acción comunicativa o la ética discursiva», uno de los «hitos fundamentales en la teoría social y en la rehabilitación de la filosofía práctica contemporánea»⁷², una rehabilitación de la praxis en el sentido de orientar la acción política y judicial en las sociedades contemporáneas, buscando el «consenso».

La influencia de la filosofía kantiana en las reflexiones de Habermas alcanza su cima en su obra *Facticidad y Validez*⁷³, que trata sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Como tal, indaga una propuesta de aplicación a la «teoría de la acción comunicativa o la ética discursiva» a la esfera jurídica, en el mundo del derecho. La razón comunicativa es el motivo principal (*leitmotiv*), el hilo conductor para repensar la idea de la razón y la teoría de una sociedad democrática basada

⁷² Juan Carlos Velasco. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza Editorial, 2003, p. 10.

⁷³ Jürgen Habermas. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2010.

en ella y para repensar el proceso de racionalización del «mundo de la vida». Además de eso, la «teoría del discurso» puede ayudar exactamente como pretendía Habermas a «evitar conectar con una filosofía del derecho reducida a términos de ciencia jurídica»⁷⁴. El proyecto de Habermas es así crítico con el positivismo jurídico kelseniano, aunque en modo alguno es contrario a su proyecto democrático.

Ante todo, debemos asumir que el modo por el cual Habermas se enfrenta a la disolución de la idea de justicia de Kelsen es por la reintroducción del formalismo procedimentalista, que abandona toda idea de contenido material del derecho natural. En la teoría de Habermas, la idea de justicia no está relacionada con aspectos teleológicos, que se quedarían para las nociones de bien que corresponden a las ideas personales, sino con los aspectos deontológicos. En este sentido, la idea de justicia está conectada con «la moral», no con la vida ética, plena de los contenidos materiales que caracterizan una vida buena. La moral resulta entendida como el conjunto de normas universales que permiten la obtención de determinados valores; es decir, la justicia es «un predicado sobre la validez de los enunciados normativos universales que expresan normas morales generales», normas que son igualmente buenas para todos, como la máxima del principio de universalización. Corresponde por tanto al campo que en Kant caracteriza la razón pura práctica, no las costumbres éticas.

Ya podemos suponer hasta qué punto Habermas sigue el gran pensamiento americano sobre la justicia. No solo está poderosamente influido por Rawls, sino que siguiendo como hilo conductor la propuesta de Ronald Dworkin para una interpretación constructiva del derecho, pretende reconstruir el imperativo categórico kantiano en términos de «razón comunicativa». Por supuesto, con ello deseaba desprenderse de los componentes egológicos más dependientes de la filosofía de la conciencia de la filosofía moderna, y deseaba vincularse a la teoría pragmática americana. Por eso utilizó la «teoría de la acción comunicativa», una actividad práctica argumentativa que llevaría a acuerdos entre los miembros de la comunidad política entendidos como iguales y en posiciones simétricas de discurso, una forma de variar el argumento rawlsiano del principio del velo de ignorancia y que permitía alcanzar los rendimientos del imperativo categórico kantiano ahora claramente como estructura de una acción social simétrica. En este sentido afirma:

⁷⁴ *Ibidem*, p. 57.

Desde el punto de vista de la teoría de la acción comunicativa, el sistema de acción «Derecho», así podemos estipularlo, pertenece como un orden legítimo que se ha vuelto reflexivo a la componente social del mundo de la vida. Y así como esta, a una con la cultura y con las estructuras de la personalidad, solo se reproduce a través de la corriente de la acción comunicativa, así también las acciones jurídicas constituyen el medio a través del cual se reproducen las instituciones jurídicas simultáneamente con las tradiciones jurídicas intersubjetivamente compartidas y las capacidades subjetivas de interpretación y observancia de las reglas jurídicas.⁷⁵

El problema de Habermas es clásico a la sociología de la acción social y tiene que ver con esta pregunta: ¿cómo las acciones fluidas, informales, inestables, puntuales, de la acción comunitiva, pueden estabilizarse en sus conquistas de tal modo que no tengan que estar continuamente sometidas a revisión? En realidad, la pregunta era semejante a esta: ¿cómo las acciones regidas por el principio de la acción comunicativa, que continuamente ponen en cuestión sus propios supuestos, pueden dar lugar a acciones con cierta carga estable, que no tengan que regresar permanente a la conexión con el mundo de la vida y sus inestabilidades endémicas? El filósofo alemán, que tiene un concepto deficitario de mundo de la vida, y que no llega a comprender que este mundo tiene sus estabilidades comunitarias propias, entiende que el derecho tiene el papel crucial de cohesión, de proporcionar «expectativas estables», de estabilización de las acciones comunicativas pertenecientes al mundo de la vida y ve la «justicia relacionada con el derecho como un subsistema de la sociedad que tiene particularmente que ver con la función de la interacción social»⁷⁶. Sin embargo, quizá sea justo lo contrario. Lo que realmente estabiliza son los aspectos comunitarios del mundo de la vida, que no puede existir sin limitar la capacidad reflexiva, ni la aceptación de incontables prejuicios que no pueden estar sometidos a la acción comunicativa, mientras que el derecho es lo perpetuamente sometido a la crítica porque no alcanza nunca a disfrutar de la dimensión de presupuesto indiscutible. En todo caso, la concepción habermasiana de la justicia se presentaría como un requisito de la racionalidad comunicativa, en la medida en que esta implica igualdad, participación en el diálogo que pretende la búsqueda de la verdad y justicia objetivas. Una vez más es una aproximación discutible, pues en la medida en que la racionalidad

⁷⁵ *Ibidem*, p. 146.

⁷⁶ Tom Campbell. *La justicia: los principales debates contemporáneos*. Trad. Silvana Álvarez. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 234.

comunicativa tiene como aspiración específica la formación de derecho, apenas puede conquistar la dimensión de la simetría perfecta que normativamente la rige.

En todo caso, resulta claro que la obra de Habermas siempre ha estado preocupada con la necesidad de una «explicación sistemática y teóricamente adecuada de la relación de la teoría con la práctica»⁷⁷, entendiendo la importancia de comprender la interdependencia de las diferentes dimensiones de la práctica social para establecerse una teoría crítica de la sociedad, una teoría crítica social que se ajustase en una teoría de la sociedad, que fuese al mismo tiempo explicativa y justificativa, que accediendo al «mundo de la vida» pudiese contribuir en la identificación de las «deformaciones de las formas de vida».

En su obra *Teoría de la Acción Comunicativa* busca describir adecuadamente el proceso de modernización, intentando diferenciar los modos de las relaciones sociales en las sociedades modernas y recuperar el hilo de conexión de estas relaciones sociales, para hacer posible la acción social en las sociedades modernas a través de la integración social y sistémica. Allí Habermas emprende un camino distinto: el lugar de la «razón práctica» pasa a ocuparlo la «razón comunicativa», dejando claro que la renuncia a la «razón práctica» como concepto señala la ruptura con el normativismo.

En lo que respecta a la esfera jurídica, Habermas identifica la doble racionalidad del derecho: por un lado, la racionalidad teleológica, en que el sistema jurídico se institucionaliza a través de su lógica de finalidad, y, por otro, la racionalidad axiológica, en que el sistema jurídico fundamenta sus acciones normativamente. En el análisis de legitimidad de las normas jurídicas, Jürgen Habermas deja claro que lo que legitima el derecho no es la técnica jurídica en sí, sino que es necesario más bien una «fundamentación discursiva», que se da a través del diálogo y de la acción comunicativa, que manifieste la «fuerza legitimadora del entendimiento» sobre las normas jurídicas. En ese sentido, afirma Habermas:

La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible la

⁷⁷ Thomas McCarthy. *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 19. Véase la introducción a *Theorie und Praxis* (Frankfurt, 1971), donde Habermas da una visión global de su obra desde esta perspectiva.

*razón comunicativa. Esta racionalidad viene inscrita en el telos que representa el entendimiento intersubjetivo y constituye un ensemble de condiciones posibilitantes a la vez que restrictivas.*⁷⁸

Así, el término «justicia legal y positivista» debe estar acompañado por su exigencia de validez, por la exigencia de legitimidad. Es decir, la legitimidad no brota de la legalidad en sí, sino más bien de un proceso comunicativo democrático y participativo en el que se ponen en tensión los valores implícitos del mundo de la vida.

Apoyándose en su teoría de la acción comunicativa, el filósofo alemán estudia la constitución de la esfera pública política que se comprende a sí misma a través de la comunicación y donde reside todo el potencial emancipador de la política democrática. Por eso mismo, hay que rehabilitar los medios de la acción comunicativa en las sociedades pluralistas y aquí entra el papel del derecho como mecanismo de mediación de la sociedad para proteger los principios de la acción comunicativa, estabilizarlos en sus resultados deliberativos y como una categoría social para la resolución de las patologías sociales.

Incumbe al derecho, por lo tanto, mediar en las relaciones sociales en el Estado Democrático de Derecho según las bases de la «razón comunicativa», es decir, ver el derecho como categoría de la mediación social entre «facticidad y validez».

Jürgen Habermas habla de un «planteamiento articulado en términos de teoría del discurso» porque entiende que:

Escindidas y desgarradas así entre facticidad y validez la teoría de la política y la teoría del derecho se disgregan hoy en posiciones que apenas tienen entre sí nada que decirse. La tensión entre planteamientos normativistas, que siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos (participante vs. observador), a diversos objetivos teóricos (reconstrucción efectuada en términos de comprensión y de análisis conceptual vs. descripción y explicación empíricas), a las diversas perspectivas que abren los distintos roles sociales (juez, político, legislador, cliente de las burocracias estatales, y ciudadano) y a distintas

⁷⁸ Jürgen Habermas. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 65.

actitudes en lo que se refiere a pragmática de la investigación (hermenéutica, crítica, analítica, etc.).⁷⁹

Son conocidas las afinidades filosóficas y también las diferencias entre Habermas y Karl-Otto Apel. Aquí trataremos de las críticas del último a la obra de Habermas sobre filosofía del derecho, *Facticidad y Validez*. En términos de argumentación, la parte normativa es, para Karl-Otto, la más importante del proyecto de una filosofía discursiva y, por eso, hace alusión, en su crítica, esencialmente al aspecto y la «*fundamentación normativa*», pero también a la «*argumentación quasi-sociológica y la pragmática transcendental*» y a los «*discursos de la razón práctica*».⁸⁰

Para empezar, Karl-Otto Apel hace una crítica al principio del discurso puramente neutral de Habermas. Al decir de Apel, la pretensión de imparcialidad, de neutralidad de la filosofía del discurso lleva a Habermas a substituir la especificación de los «*discursos de la razón práctica*», antes representados por una ética discursiva, por «*un principio valorativamente neutro y meramente formal*» que sería ahora el elemento central del fundamento normativo. Esa imparcialidad, afirma Apel, afecta directamente la relación entre moral y derecho. Habermas prescinde del reconocimiento de igual derecho para participar en el discurso y Apel no entiende esa separación entre la igualdad y la neutralidad en el principio del discurso, una vez que eso no promueve la «*argumentación libre de dominio*» y además puede alterar los resultados del discurso.

Apel ve también como un problema la identidad que Habermas atribuye al principio del derecho y el principio de la democracia. En primer lugar, porque le parece inadecuado la conexión entre soberanía popular, tal y como lo formula Rousseau, y democracia, pues entiende que el «*principio de la voluntad general por parte de Kant*» como idea regulativa democrática y republicana conlleva menos problemas que la idea de soberanía popular (problemas como los nacionalismos, por ejemplo). En segundo lugar, porque creer que no es suficiente equiparar el principio del derecho con el principio de la democracia, pero que se debe recurrir a una «*idea reguladora de la formación de consenso*».

⁷⁹ Jürgen Habermas. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 68.

⁸⁰ Guillermo Flores Miller. "Las Críticas de Karl-Otto Apel a Facticidad y validez de Jürgen Habermas". *Iztapalapa Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*. Núm. 74, año 34, Enero-Junio de 2013, pp. 157-188.

Karl-Otto Apel critica el «*déficit de fundamentación normativa filosófica*» en la filosofía del derecho de Habermas. A decir de Apel, Habermas substituye los «argumentos de fundamentación auténticamente normativa» por argumentos más bien sociológicos, a través de un método de explicación funcional sociológica. Apel considera tal método limitado, pues entiende que Habermas acepta los «*rendimientos cuasi-teleológicos como algo dado*», cuando se está delante de la tarea de fundamentar la presuposición, incluso normativamente. Por eso mismo, Karl-Otto es defensor de una «*fundamentación normativa ético-discursiva en sentido fuerte del principio del discurso y de su relación con la diferenciación entre derecho y moral*», principio este que es, para él, transcendental y tiene además un contenido normativo moral. Y aquí entra el tema de la «*corresponsabilidad*», sea como participantes en el discurso y en decisiones que afectan a colectividad, sea como responsables de nuestros actos individuales.

Hasta aquí podemos destacar dos primeras conclusiones. En primer lugar, la importancia de la justicia legal y positivista. En segundo lugar, que hay muy buenas razones para que las ideas de justicia material y de bienestar social ocupen un lugar de máxima importancia en el discurso jurídico, en el análisis crítico del papel del Derecho y de otras instituciones públicas o sociales en nuestra sociedad.

1.1.3 Carl Schmitt: *Ley y Juicio - sobre la praxis judicial*

Hasta aquí he traído a discusión los filósofos y las reflexiones de la filosofía que tratan del derecho por entender que son elementos que contribuyen y aportan datos a esta investigación. Sin embargo, la justicia de los filósofos no ha tenido en cuenta la justicia desde el punto de vista de los juristas. Por eso, en ese punto cabe traer a colación cómo ven los juristas el tema de justicia dentro del derecho, sus opiniones sobre la praxis judicial, que es justamente el punto de vista que a mí me interesa poner a la luz en este trabajo. Por eso, nos adentramos ahora en la obra *Ley y Juicio* de Carl Schmitt.

Carl Schmitt plantea en su libro *Ley y Juicio* una pregunta breve y clara, delimitando con ella el problema sobre el que gira su tratado: ¿cuándo cabe decir que una decisión judicial es correcta? ¿Qué decisión debe ser tenida por correcta?

La primera edición de esta obra fue publicada en 1912, por lo que hace numerosas referencias a leyes existentes en aquella época en Alemania (como las referencias a

determinados artículos de la *Gerichtsverfassungsgesetz*, GVG, de la ley de Enjuiciamiento Civil o del Código Civil Alemán) cuyo contenido ha podido cambiar hasta hoy, pero el contenido de la discusión filosófica es igualmente relevante actualmente.

La investigación realizada para esta obra no entra en la cuestión histórica de cómo se ha llegado a la praxis actual, sino que se aspira a precisar qué criterios específicos de corrección o de rectitud son los que rigen la praxis judicial, con la finalidad de llevar el método de la práctica jurídica moderna a una fórmula que dé respuesta a la cuestión: ¿cuándo podemos decir hoy de una decisión judicial que es correcta?

No se trata de una investigación sociológica ni psicológica, sino jurídica, y por tanto no trata sobre la interacción entre personas ni la especificidad sociológica de la magistratura o la abogacía.

Para Carl Schmitt, las tradicionales explicaciones sobre la interpretación de la ley para llegar a una decisión judicial se limitan a exponer los métodos de interpretación, tal y como suceden en el ejercicio cotidiano de la jurisdicción, pero para él no es procedente identificar la pregunta de cuándo una decisión judicial ha sido adoptada correctamente con la cuestión de cuándo ha mediado una interpretación correcta. Asimismo, afirma que la praxis judicial y su corrección no se puede explicar por referencia a la ley positiva, ni siquiera a la existencia de normas suprapositivas que trasciendan el derecho positivo y que por ser más flexibles y capaces de adaptarse a los hechos confieran al juez mayor libertad de juicio.

Carl Schmitt sostiene que es inapropiado acudir a la «voluntad de la ley» para encontrar un criterio adecuado de corrección para la sentencia judicial. Para él la praxis judicial pretende identificarse con la aplicación de la ley, invocándose a la voluntad del legislador o a la «voluntad de la ley» como principio legitimador, diciendo que una decisión judicial es correcta cuando ha sido prevista por el legislador o cuando se decide cómo esa voluntad lo hubiera hecho. Sin embargo, para el autor esto se encamina a dilucidar sobre la corrección de la interpretación de dichas «voluntades» por parte del juez, y no, en cambio, sobre la corrección de la decisión en la praxis, la cual se considera «supuesta», de forma que se identifica la correcta interpretación con la decisión correcta, se iguala la corrección de la interpretación con la corrección de la decisión judicial, que es precisamente lo que pone en duda el autor, ya que según él la corrección de la interpretación es un presupuesto de la corrección de la decisión, pero no la genera.

La teoría que entiende la «legalidad» como criterio de corrección de una decisión judicial necesita de una doctrina de la interpretación para poder mantener el criterio de la

«legalidad», entendiendo que una sentencia judicial es correcta cuando puede ser subsumida bajo el seguro contenido de las normas. Cuando este procedimiento de subsunción no arroja resultados aceptables se achaca esa falta a la concepción de la ley y se la intenta modificar hasta que llegue a serlo, pudiendo usarse para ello un derecho libre «suprapositivo», que puede venir derivado de valores morales o normas culturales, pero esta ampliación del concepto de ley le arrebatada a la legalidad su valor como criterio de corrección de la sentencia judicial.

Para Carl Schmitt, bajo la expresión «legalidad» de una sentencia se esconde una maraña de presupuestos indemostrables, presunciones y ficciones que tienen el valor práctico de posibilitar una administración de justicia que se corresponda mejor con las exigencias del tráfico jurídico, de forma que la «voluntad de la ley» no es nada más que una ficción que consiste en interpretar nuestra construcción y su resultado como la verdadera voluntad de la ley. Por ello es necesario buscar un criterio de rectitud específico de la praxis judicial que no sea el de la «legalidad», un criterio que solo puede deducirse de una reflexión sobre la praxis judicial misma.

Según Schmitt es fundamental para la vida jurídica el hecho de que muchas veces importa más el hecho de regular que el contenido concreto de la regulación, incluso con contenidos que se podrían clasificar de «aleatorios» y cuya elección se debe a un mecanismo casual o a las costumbres existentes. Un ejemplo es la decisión sobre si los vehículos deben circular por la derecha o por la izquierda, que puede ser tomada teniendo en cuenta las costumbres del país, la regulación de los países limítrofes, la presión de la industria, pero en todo caso muestra que lo realmente importante no es que sea por la derecha o por la izquierda, sino que la regulación permita conocer como se ordena la conducción en cada país.

Sin embargo, cuando se dice que el contenido de la regulación legal es hasta cierto punto indiferente se está haciendo referencia a su fin, pero para resolver el problema de la corrección de una sentencia judicial debe tomarse como punto de partida un postulado que resulte eficaz en los hechos, y solo a partir del postulado de la determinación del derecho se puede llegar a la conclusión de que la praxis judicial debe tener su propio criterio de corrección, algo que quedará legitimado si ese criterio está libre de contradicción y si es aplicable a la totalidad de aspectos de la praxis, un criterio que no puede ser el de «legalidad», es decir, de la conformidad de una decisión con las fuentes, ni una mera enumeración de los contenidos por razón de los cuales una sentencia

determinada quedaría legitimada ni el criterio de su justicia o conformidad con la cultura o con la razón.

Como fórmula para llegar a un criterio de corrección en la praxis judicial, el autor llega a la siguiente propuesta:

Una decisión judicial es correcta si se puede esperar que otro juez hubiera decidido del mismo modo. Por «otro juez» se entiende aquí el tipo empírico de jurista moderno.⁸¹

Este «otro juez» es el juez normal formado jurídicamente, usando la palabra «normal» en sentido cuantitativo, como media, no como si fuera la caracterización de un tipo ideal, y es totalmente diferente del «legislador» o de la «voluntad de la ley» que son construcciones ideales cuya realización empírica es imposible. El esperar que otro «juez normal» llegue a la misma decisión asegura que esta es objetiva, previsible y calculable.

Con esta fórmula también podemos estudiar la importancia de los fundamentos de la decisión judicial, parte esencial de toda sentencia, que la individualiza y que pretenden convencer a ese «otro juez» de que habría decidido del mismo modo, mostrando que la sentencia es previsible y calculable, y además, es coherente con la praxis y «explicable», y no en el sentido psicológico, sino en el sentido en que la considera explicable la praxis judicial, es decir, en el sentido de que otro juez habría decidido del mismo modo. Cuanto más difícil sea determinar cómo hubiera decidido otro juez, más necesario se hace explicar los fundamentos de la decisión y acumular argumentos.

Nótese que esta fórmula implica la figura del «otro juez» como profesional de la judicatura instruido, por lo que la cuestión de las sentencias de los jurados queda naturalmente excluida.

Un importante resultado de la aplicación de la fórmula es que el criterio de corrección de una sentencia judicial no descansa en la subjetividad del juez, más bien es independiente de él en cuanto individuo. Sobre si una sentencia es o no correcta decide la praxis misma, que posee un criterio específico para declarar su corrección y es a ella a quien corresponde su definición: una sentencia judicial es correcta si otro juez hubiera

⁸¹ Carl Schmitt. *Posiciones ante el derecho*. Edición, estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero. Madrid: Technos, 2012, p. 99.

decidido del mismo modo. El juez con su subjetividad no crea derecho, sino que apela al derecho y permanece sometido al principio de la determinación del derecho, que es elemento esencial del criterio de corrección de una sentencia y cuyo postulado tiene enraizados tanto el fundamento como el límite de la importancia de los precedentes. El precedente es relevante cuando los contenidos que entran en cuestión para el fallo de la sentencia no son capaces de fundar la suposición de que otro juez hubiera decidido del mismo modo. En ese sentido, Schmitt afirma:

Aquí se ha negado expresamente la posibilidad de que el juez individual pueda decidir correctamente contra legem, aún en posesión de la mejor convicción. Tampoco un fuerte sentido jurídico del juez puede, como tal, anular la normatividad de la ley. Lo decisivo siempre en nuestro planteamiento es la totalidad de la praxis que funda la previsibilidad y la calculabilidad de la sentencia y, con ello, la determinación del derecho.⁸²

Es posible la aplicación de la fórmula también en los casos en los que el juez dicta sentencia contra el sentido literal de la ley, una sentencia *contra legem* es correcta, como cualquier otra, cuando hubiera sido dictada del mismo modo por otro juez (la totalidad de la praxis). Lo decisivo es siempre la totalidad de la praxis que funda la previsibilidad y calculabilidad de la sentencia. Ello incluye la posibilidad de una variación en la praxis, es posible que las transformaciones de la vida jurídica modifiquen también la determinación de lo que se considera que hubiera fallado otro juez.

Carl Schmitt defiende que, aún siendo comprensible una vez que ejercen el «derecho material de control judicial», es un error señalar los Tribunales sentenciadores como protectores de la Constitución.⁸³ Y sobre los límites reales de todo poder judicial, Carl Schmitt se pregunta y afirma:

¿Qué puede hacer la Justicia, en general, para proteger la Constitución y hasta qué punto es posible organizar dentro de su esfera instituciones cuyo sentido y fin sean asegurar o garantizar una Constitución? El hecho de que esta naturalísima cuestión no haya sido planteada desde un principio, en los años de la postguerra, sino que de un modo casi exclusivo se haya pensado en una protección judicial de la Constitución (ejercitada por un Tribunal de

⁸² Carl Schmitt. *Posiciones ante el derecho*. Edición, estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero. Madrid: Technos, 2012, p. 151-152.

⁸³ Carl Schmitt. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 43.

Justicia Constitucional), situando el protector de la Constitución con manifiesta ligereza en la esfera de la Justicia, se explica por diversas razones. En primer término, por la idea falsa y abstracta que se tiene del Estado de Derecho. Lo más cómodo es concebir la resolución judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de judicial de todas las cuestiones políticas como el ideal dentro de un Estado de Derecho, olvidando que con la expansión de la Justicia a una materia que acaso no es ya justiciable solo perjuicios pueden derivarse para el poder judicial. Como frecuentemente he tenido ocasión de advertir tanto para el Derecho constitucional como para el Derecho de gentes, la consecuencia no sería la judicialización de la Política, sino una politización de la Justicia. Es cierto que un habilidoso método formulista logra sobreponerse a tales razones, y resulta incontrovertible, porque trabaja con ficciones que carecen de contenido y contra las cuales, por tal causa, es inútil luchar. De nada sirven dificultades ni objeciones reales cuando llegan a ser depreciadas todas las distinciones concretas y cuando se ignoran las diferencias efectivas que existen entre Constitución y ley constitucional, ley según el concepto del Estado de Derecho y ley en el sentido formal o político, es decir, cuando se olvida la diferencia efectiva que existe entre ley y sentencia judicial, o la distinción fundamental establecida por Triepel, entre sentencia en un litigio jurídico y conciliación de intereses. En cuanto el Derecho puede transformarse en Justicia y la Justicia a su vez se hace formalista, llamándose Justicia a todo cuanto hace un organismo judicial, bien rápidamente queda resuelto el problema del Estado de Derecho; pero con semejante criterio, lo más sencillo sería hacer que el Tribunal Supremo estableciera a su leal saber y entender las normas de la Política, orientadas a perfeccionar, en sentido formal, el Estado de Derecho.⁸⁴ (el subrayado es mío)

Por fin, una vez discutido en este capítulo la dialéctica y la tensión que existe entre la racionalización formal y material del derecho, así como fue demostrado que Immanuel Kant ya había percibido esta situación a través de la noción de «ley permisiva»; que John Rawls y Jünger Habermas también ya lo habían visto. El primero, mediante la cuestión de la teoría de la justicia específicamente a través de la «aplicación del velo de ignorancia» y, el otro, sobre la tensión entre «*factibilidad y validez*» que, en último extremo, es una racionalización formal y material del derecho. Y también hemos analizado la fórmula de Carl Schmitt de criterio de corrección de una sentencia judicial. De esta manera demostrado como, en el fondo, la tradición, la idea de justicia, está prefigurando el problema que será tratado en el siguiente capítulo. En el capítulo II, vamos tratar del tema de racionalización formal y material del derecho, poniendo foco en la manera en que el derecho media en el problema de justicia material; como Hans Kelsen resuelve mal la problemática, porque rompe con el derecho natural y también con la política, dejando el derecho sometido por su propia dinámica, estrictamente formal, de tal

⁸⁴ Carl Schmitt. *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 57-58.

manera que elimina toda noción de justicia que no sea la propia del sistema jurídico. Eliminando, de cierto modo, la idea de justicia por la idea de legalidad. Ante esa limitación de Kelsen, vamos a explorar otros momentos procurando identificar casos concretos en diferentes realidades sociales.

Lo que queda claro hasta aquí es que es preciso hacer una filosofía del derecho y tratar del tema de la teoría de la justicia desde los juristas, desde la praxis jurídica, no desde los filósofos, no desde la filosofía especulativa. En esta línea, es preciso retomar la discusión de los años 20 entre George Jellinek, Hans Kelsen, Carl Schmitt y Max Weber.

CAPÍTULO 2 RACIONALIZACIÓN MATERIAL DEL DERECHO EN EL PENSAMIENTO SOCIAL CONTEMPORÁNEO

Hemos visto en el capítulo anterior el problema de la justicia tal y como lo aborda la tradición filosófica, desde Platón y Aristóteles a Kant y Rawls, y hemos procurado acercarnos a la reflexión sobre los jueces. Ahí hemos podido comprobar la escasez de reflexiones sobre la actividad de juzgar y, en realidad, hemos tenido que acercarnos al primer Schmitt para lograr analizar la figura de la relación entre la ley y el juicio. De este modo, hemos podido ver que la riqueza de análisis de Kant acerca del juicio político/legislativo alrededor de la *lex permissiva* no ha fecundado los análisis de la figura del juez. Sin embargo, realmente, esta figura kantiana venía a garantizar la historicidad de todo derecho empírico y deseaba abrirlo al futuro, garantizando la crítica, pero neutralizando los efectos negativos de la crítica en tanto producción de crisis. El argumento de Kant venía propiciado por el exceso de normatividad que siempre albergaban los principios metafísicos del derecho o los derechos fundamentales que constituyen la parte ideal de toda constitución. Ese exceso debía ser paulatinamente reducido mediante la actividad legisladora. Sin embargo, la historicidad en el sentido de Kant todavía era muy reducida. Mostraba la necesidad de que lo ideal se realizara, y de poco a poco traspasar el estado social al estado civil, pero no hacía de la historia un terreno de lo sobrevenido. Esto era así porque Kant no había pensado realmente el estado social más que como un punto de partida, pero carente de una lógica propia, algo que fue detectado cuando se comenzó a hablar con Hegel de sociedad civil, un concepto que Kant no había logrado autonomizar en sus problemas internos. Desde Hegel por tanto, la sociedad civil tiene una historicidad propia que reclama intervenciones jurídicas y legales específicas. La historicidad del derecho no es la paulatina aplicación de su idealidad normativa, sino la necesidad de encarar con la legislación problemas completamente nuevos de una sociedad civil cuyas antinomias plantean retos que exigen replantearse su relación con los principios jurídicos fundamentales. Esto determinó una nueva forma de relacionar sociedad civil, legislación y justicia. A veces esos retos fueron tan duros que impusieron el abandono de toda normatividad. Sin embargo, allí donde exista una constitución, esa normatividad no puede abandonarse del todo, y en esa medida los

problemas de justicia y equidad retornarán. Para ver este nuevo esquema de relación entre legislación y facticidad y para mostrar el destino de la justicia en el nuevo esquema de relaciones deberemos partir del autor que intento ofrecer una respuesta orgánica a este problema de las relaciones entre derecho, política y justicia. Se trata de Geroge Jellinek, que por eso es el punto de partida de nuestro capítulo.

2.1 EL PUNTO DE PARTIDA EN GEORGE JELLINEK

¿Cómo se relaciona la sociología del derecho y la teoría legal? Este es el problema fundamental de la obra de Jellinek, que puede traducirse a este otro: ¿Cuál es la relación entre Derecho, Sociedad, Ley, Política y Poder? El pensamiento jellinekiano intenta contestar estas preguntas, ya que la comprensión de la realidad jurídico-política del Estado como un continuo es una característica central en la obra de G. Jellinek, lo que le diferencia de los reduccionismos posteriores que, como Schmitt, hacen de lo político el fundamento de lo jurídico; o de Kelsen, que intentan ver lo jurídico completamente al margen de lo político.

Para analizar el Estado y comprender su esencia, G. Jellinek parte de la idea de que el Estado tiene tres órdenes principales de fenómenos, justificando, por lo tanto, el carácter dualista de su doctrina. De un lado, el Estado es una «construcción social»; de otro, una «institución social» y, de otro, una «institución jurídica»⁸⁵. Su investigación se ordena también, como sucederá con Max Weber más adelante, por los tipos en las ciencias sociales, un método que usará para desarrollar su teoría del Estado. Aunque Jellinek utilizó los «tipos empíricos» y Weber habló de los «tipos ideales», sabemos que este último se inspiró en una mejor comprensión de la innovación de su amigo y jurista.

Consecuente con la tesis de la continuidad político-jurídica del Estado, entendía el maestro de Heidelberg que «los conceptos jurídicos no son esencias transcendentales, reflejadas aquí de manera incompleta, sino tipos, contenidos en circunstancias vitales, carentes frecuentemente de lógica. Por eso, no es la mejor doctrina de Derecho Público aquella que ofrece la mayor perfección lógica, sino la que explica la realidad política de

⁸⁵ Georg Jellinek. *Teoría General del Estado*. Granada: Comares, 2000, p. 8

manera más natural».⁸⁶ Por lo tanto, los tipos empíricos estarían mejor conectados con la jurisprudencia de conceptos. Esta, es, precisamente, una de sus aportaciones características, una vez que los tipos proponen la creación de nuevas categorías y varían los hechos y las circunstancias históricas.

Al tratar de los límites de la investigación jurídica, Jellinek señala la importancia de poner el foco en su propio fin, que consiste en «alcanzar la posibilidad práctica de juzgar jurídicamente la vida real» y todo lo que es construido que no sea capaz de alcanzar este fin práctico, directamente, no tiene valor científico⁸⁷. Argumentaba el pensador austriaco que para alcanzar el «conocimiento jurídico estatal» es necesario encontrar «normas jurídicas para la realidad de la existencia estatal, que solamente pueden ser descubiertas considerando siempre las condiciones políticas dadas»⁸⁸.

Diferentemente de la teoría de Kelsen, que defenderá una teoría del Derecho más que del Estado, y de su carácter monista, para Jellinek el «ser» y el «deber ser» no son radicalmente distintos y, al decir de Pablo Verdú, entre ellos, «no aparece como contraposición, sino como diferenciación»⁸⁹. De la lectura de Jellinek sobre el fundamento último del Derecho y el Estado, no hay duda de que el derecho tiene una «fuerza formativa y transformadora de la sociedad» y que la evolución político-histórico-social presta concretamente el contenido para que el derecho pueda tener esa fuerza creadora⁹⁰. Este pensador reconoce que hay lagunas en el Derecho, ya que este «jamás alcanza extensión bastante para poder solucionar los profundos conflictos entre los poderes, dentro del Estado» y, por lo tanto, no se puede «concebir el sistema del Derecho Público como un todo cerrado y creer que puede hallarse en él una solución para cada caso»⁹¹.

Sobre la política y el derecho, Jellinek entendía que no se pueden confundir de ningún modo, siendo necesario conservar sus límites respectivos; pero a la vez afirmaba que no es posible esa especie de «abstracción» de la política que pretende el positivismo jurídico, una vez que «todo el proceso de la vida del Estado, todos los principios de su

⁸⁶ *Ibidem*, p. 54.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 48.

⁸⁸ Georg Jellinek. *Fragmentos de Estado*. Traducción de Michael Förster, Miguel Herrero de Miñón y José Carlos Esteban. Madrid: Editora Civitas, 1981, p. 54.

⁸⁹ Georg Jellinek. *Reforma y mutación constitucional*. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdu. Traducción Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. XXIX

⁹⁰ Georg Jellinek fue Profesor de Derecho Público de la Universidad de Heidelberg (1891-1911). Su obra capital fue Teoría General del Estado (*Allgemeine Staatslehre*).

⁹¹ TGE, 2000, pp. 267-289

orden jurídico fueron antes de nacer objeto de reflexiones políticas y todo acto realizado por el Estado, todo derecho que se afirma, produce efectos políticos»⁹².

Al tratar del tema de la separación de poderes, considerada como la división del trabajo entre los órganos, afirma Jellinek que no es posible realizarla de manera completa, citando como ejemplo el Congreso de Estados Unidos, que reúne en sí las tres funciones: declara la guerra, el Senado es responsable de aprobar actos administrativos del presidente y juzga delitos contra el Estado. Y sobre los jueces señala que, al tener el derecho de interpretar la constitucionalidad de las leyes, ejercen actividad legislativa. Además, enfatiza la necesidad de separar las funciones en materiales y formales, siendo las primeras fruto de la relación entre «actividad del Estado y sus fines», en las cuales tenemos tres funciones materiales del Estado: legislativo, jurisdicción y administración⁹³. En ese punto, menciona el caso de Estados Unidos donde, como consecuencia de la división de poderes, se otorga «un derecho ilimitado al juez, para comprobar si la ley concuerda materialmente con la Constitución», lo que llevó, por ejemplo, a que muchas leyes de política social, consideradas contrarias al *Bill of Rights*, fuesen reconocidas como inconstitucionales.⁹⁴

La metodología jellikeniana no apartaba los elementos sociológicos, políticos y filosóficos de sus estudios como hicieron otros autores, sino todo lo contrario. Percibía el carácter dinámico del Estado, la «multiformidad» de los hechos sociales, la «irrepetibilidad y diferenciación de los individuos humanos» y, sobre todo, la importancia del Derecho para contener la posibilidad de «devenir real». En suma, G. Jellinek veía en los «tipos empíricos» la forma de obtener, a través de la inducción y la comparación, una respuesta individualizada para la pluralidad de fenómenos.

De esta forma, los tipos empíricos caminan juntos y ayudan a comprender las dos facetas del Estado: la histórica-social y la jurídica, dos órdenes de fenómenos distintos, pero que están enlazados y que juntos constituyen la doctrina del Estado. Apoyándose en la doctrina de Lassale, Jellinek defendió que lo fáctico tiene fuerza normativa. En este sentido, defendía este autor la necesidad de que los jueces observaran los elementos individuales, dejando claro que «el jurista que cree únicamente justa su manera de considerar las relaciones de la vida no es un hombre de ciencia en el pleno sentido de la

⁹² Georg Jellinek. *Teoría General del Estado*. Granada: Comares, 2000, p. 13.

⁹³ *Ibidem*, pp. 599-601.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 607.

palabra, pues toda construcción y modificación del Derecho procede primariamente del conocimiento de lo que hay antes y detrás del Derecho, de lo que le condiciona»⁹⁵. De igual forma, esa lógica es válida para una proposición jurídica. Cuanto más general sea, más excepciones deberá admitir, pues, «todo ensayo de generalización en el Derecho tropieza en el escollo de los elementos individuales»⁹⁶. Vemos así que el pensamiento de Jellinek era el adecuado para continuar con la problemática de las excepciones como algo que compete a la apreciación del caso singular, sin querer extraer consecuencias generales extremas sobre él. Jellinek tiene una mirada dotada de alta sensibilidad para lo excepcional, pero sin entregarse a teorías extremas sobre el estado de excepción con implicaciones respecto de la teoría de la soberanía. De este modo, su aspiración era mostrar tanto la posibilidad como los límites de toda canalización de la vida social a través del derecho. En suma, era el suyo un talento clásico que concedía sustancialidad al Estado como punto de cruz de todos esos fenómenos que podía sin embargo, y en cierto sentido como la filosofía clásica alemana, gozar de una trascendencia respecto de todos ellos.

Por supuesto que la historicidad del derecho estaba en la primera línea de observación, pero su agudo olfato le mostró ya que esa historicidad no era solo progresiva, como había deseado Kant, sino que estaba sometida a profundas inclinaciones patológicas, que amenazaban el organismo del Estado con alteraciones no siempre orgánicas. Al tratar del tema de las mutaciones constitucionales, el maestro de Heidelberg afirmaba que la vida de las constituciones dependía no solo de la actividad legislativa, parlamentaria, administrativa, judicial, sino también de la necesidad, y a veces de las decisiones concretas de la trayectoria política de un sistema. El término «*necessitas*» fue mencionado por el jurista Romano Modestino en la frase *Omne ius consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo* y, de acuerdo con Jellinek, esa necesidad es suscitada por los fundamentos del Estado y «por todos los acontecimientos históricos que se producen fuera del Derecho»⁹⁷. Es indudable que tomar la necesidad como elemento creador del Derecho genera problemas en la práctica, sobre todo, en los Estados en que los poderes de los órganos son exclusivos. La transformación de la Constitución, en suma, se da según el modo como se ejerce el poder estatal.⁹⁸

⁹⁵ *Ibidem*, p. 29.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 30.

⁹⁷ G. Jellinek. *Reforma y mutación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 29.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 37-45.

Por último, el derecho debe siempre contener la posibilidad de ser realizable, ya que Jellinek formuló un principio en su teoría del Estado según el cual «lo que es imposible políticamente, no puede ser seriamente objeto de investigación política»⁹⁹. Algo que llevaba inexorablemente a la investigación de lo posible y lo imposible. Como vemos, todavía un cierto sentido del límite permite ahorrar su teoría del Estado y controlar lo sobrevenido en su historicidad. Sin embargo, aunque Jellinek suponía que de este modo Estado, sociedad y derecho debían ser observados de forma conjunta, no elaboró una teoría de la política adecuada para acompasar ambos fenómenos. Desde este punto de vista no avanzó en una teoría de la historicidad del derecho, en la manera en que el derecho podía acompañar los cambios sociales. En realidad, no avanzó en una teoría democrática de la política capaz de converger en sus principios con los propios de la constitución y elevarse a garantía de su evolución. En este sentido, no fue capaz de ofrecer una teoría de la historicidad de la justicia y su relación con el derecho. Y fue justo esta carencia de abordaje del problema lo que llevó al abandono de la idea filosófica de justicia por parte de Kelsen.

2.2 KELSEN Y LA REDUCCIÓN DE JUSTICIA A LEGALIDAD

No podemos ignorar el alto grado de complejidad que alcanzó el pensamiento jurídico de la mano de Hans Kelsen, sin duda un autor muy influyente en la evolución de la ciencia jurídica hasta el presente, ya que la teoría del sistema jurídico de Niklas Luhmann no puede comprenderse al margen de la tesis básica kelseniana de la autonomía del derecho. Para movernos con claridad por este pensamiento debemos establecer algunas distinciones básicas. Ante todo, deberemos distinguir entre los términos de «justicia formal» y de «justicia material o substantiva». Estos términos serán utilizados en el presente trabajo para referirnos, con «justicia formal» al puro trato con las reglas jurídicas existentes y, con «justicia material o substantiva» a los criterios de justicia para valorar el contenido de las propias reglas. Se trata, en suma, de comprender el Derecho en su realidad concreta, «como forma y materia a la vez»¹⁰⁰. De este modo deseamos no

⁹⁹ *Ibidem*, p. 15.

¹⁰⁰ González Vicen. *Estudio preliminar a «Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia» de Austin*. Centro de Estudios Constitucionales. Colección Civitas. Madrid, 1981, p. 21.

separar el problema de la justicia respecto del problema del derecho, sino que deseamos verlo como un aspecto de este.

Solo así veremos hasta qué punto es reductiva la mirada de Kelsen. En este epígrafe, en efecto, estudiaremos la concepción positivista kelseniana y su idea de justicia legal puramente formal. El punto de partida y la mayor preocupación del pensamiento de Hans Kelsen, tal y como se expone en la *Teoría Pura del Derecho*, es poner fin al «caos del ideologismo en la ciencia jurídica». Para eso Kelsen necesita crear una teoría que entienda el derecho como ciencia del derecho, que no sea equivalente a la sociología del derecho o de la historia del derecho, es decir, que elimine todos aquellos condicionantes que Jellinek reconocía como indispensables y inseparables de la vida del derecho y que solo podían ser observados desde la singularidad de la vida histórica. El filósofo Kelsen, por el contrario, pretende entender el Derecho en cuanto conocimiento verdadero y científico. En ese sentido, afirma:

La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo. (...). Si se autocalifica como teoría «pura» del derecho, es debido a que se propone asegurar un conocimiento dirigido exclusivamente al derecho y porque pretende eliminar de dicho conocimiento todo aquello que no pertenezca al objeto exactamente delimitado como derecho. En otras palabras, se propone liberar a la ciencia jurídica de todos aquellos elementos que le son extraños.¹⁰¹

Resulta completamente evidente que, con esa exigencia de pureza, Kelsen deseaba distanciarse de Jellinek tanto como fuera posible. Aquí no podemos tratar de analizar todos los aspectos relacionados con la teoría «pura», sino solo aquellos que se relacionan con la aspiración del derecho como ciencia en el sentido ya aludido, y entender su método para que se puedan marcar las características que el sentido de la racionalidad de Kelsen impuso a la teoría, y que después confrontaremos con el pensamiento de Max Weber en su observación del fenómeno del Derecho y el razonamiento jurídico. Como veremos, Weber se comportará de un modo mucho más cercano a Jellinek, a quien le unió una profunda amistad.

¹⁰¹ Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Traducción de Reine Rechtslebre (1934). Madrid: Trotta, 2011, p. 41.

Por tanto, Hans Kelsen desea construir una teoría científica en sentido formalizado, capaz de gozar de plena autonomía, consciente de sus limitaciones y de lo que no puede ser formalizable; una ciencia jurídica objetiva y exacta. Para ello toma como base el Derecho libre de cualquier metafísica, «depurado» de toda contaminación extrajurídica, es decir, una concepción del derecho creado y aplicado por los hombres, el derecho positivo. Debemos reconocer que, para Kelsen, la idea de la justicia y del derecho natural no son ciencia, sino metafísica. Dentro de esta perspectiva, la justicia es vista por Kelsen como irracional, porque no se trata de un conocimiento científico.

En esa línea de argumentación afirma Kelsen:

El término justicia en sentido propio, diferente del sentido estrictamente jurídico, tiene el significado de un valor absoluto. La teoría pura del derecho no tiene la posibilidad de definir su contenido al no ser este susceptible de conocimiento racional; así lo prueba la historia del espíritu humano que en vano se preocupa, desde hace milenios, por encontrar una solución a este problema. La justicia hay que entenderla como un orden superior al derecho positivo y diferente de él, que, en su validez absoluta, trasciende toda experiencia, al igual que la idea platónica trasciende el mundo real y al igual que la trascendente cosa en sí va más allá de los fenómenos. El dualismo de justicia y derecho tiene el mismo carácter metafísico que este dualismo ontológico; y, exactamente igual que este, tiene una función doble que depende del cariz con que se presente, optimista o pesimista, conservador o revolucionario: o bien afirmar que lo existente, esto es, el orden del Estado y de la sociedad concuerda con el ideal, o bien, por el contrario, negar que tal concordancia exista subrayando la contradicción entre aquel orden y el ideal.¹⁰²

Como vemos, Kelsen deseaba eliminar la idea de la justicia del derecho porque no podía ejercer otras funciones que la apologética o la crítica. Testigo de un mundo que pronto se iba a diluir entre la reacción y la revolución, entre ideología y utopía, Kelsen aspiró a erradicar la idea de justicia porque era la que hacía tan inexorable un aspecto como el otro, la escatología mesiánica de la utopía tanto como la apologética conservadora de la ideología. Era evidente que Jellinek tenía razón al recordar que todo acto jurídico fue en su origen político y que no podría escapar a esta impureza originaria. A Kelsen no parecía importarle este asunto. Creía que en un momento determinado el valor de la ciencia era el único que iba a sobrevivir en la sociedad occidental y entonces ponía a los juristas delante de la verdadera decisión: neutralizar todos los aspectos

¹⁰² *Ibidem*, p. 49.

impuros del derecho porque no eran científicos o internarse en el campo abierto de lo irracional y lo existencial. Por eso Kelsen es tan cercano a Schmitt. Tanto que no puede negar que la opción del rival era legítima en la medida en que la ciencia no se elevara a valor absoluto. Eso implicaba no solo olvidar que lo político estaba detrás de todo acto jurídico, sino neutralizar toda voluntad de que así siguiera siendo. Esta capacidad de neutralizar esta voluntad era completamente utópica.

El caso es que el filósofo construyó una teoría del derecho capaz de garantizar el *estatus* de una verdadera ciencia del Derecho, libre de toda ideología, de la intervención de todas las consideraciones metajurídicas, de cualquier elemento científico-natural, en fin, una teoría «pura» del derecho, una teoría del derecho «radicalmente realista», apartada por completo de la política. Según Kelsen, la ciencia del derecho no es posible, a menos que su objeto sea fijado sin interferencias externas al derecho positivo, razón por la cual la teoría pura del derecho es conocida como la «teoría del positivismo jurídico»¹⁰³. La pregunta es el derecho podría ser estudiado o deseado desde el ideal de ciencia que aquí se defendía, como mera objetividad. Esa pretensión dependía de muchos otros supuestos, como que toda la realidad social estuviera atravesada por ciudadanos cuyo valor supremo fuera la ciencia y la racionalidad, o que el juez fuera un científico objetivo al que no le interesaban los elementos prácticos de la vida social, que quedaría reducida a una mera administración.

Aceptados estos supuestos, la teoría del «positivismo jurídico» de Kelsen solo pretende describir el derecho como «sistema de normas», libre de cualquier valoración, distante de la política y de la ética, pues entiende el filósofo que todo juicio de valor —sea político o moral— es subjetivo, y por lo tanto no tiene cabida en la ciencia. Por supuesto, estos juicios de valores eran permitidos en los ciudadanos y los actores. Sin embargo, aquí se daba una gran contradicción. Kelsen consideraba que la sociedad estaba compuesta por ciudadanos que podían entregarse a sus opiniones y valores, ninguna de las cuales podía ser ciencia, sin embargo, debían respetar que el derecho les era sustraído en tanto campo de valoración. Debían asumir que todo era relativo y por eso debían aceptar el valor científico de la racionalidad. Si el derecho podía ser ciencia, debía ser aceptado por los ciudadanos como las leyes de Einstein. Sin embargo, esta exigencia era extremadamente utópica.

¹⁰³ *Ibidem*. pp. 51-68.

Su utopía se descubre más cuanto más nos adentramos en su construcción científica. Para la construcción de su sistema normativo, Kelsen utilizó la teoría de la formación escalonada de las normas sobre la cual fundamenta su teoría pura, partiendo de la consideración de que los niveles superiores (norma jurídica que regula la elaboración del Derecho) determinan los niveles inferiores en el ordenamiento jurídico (norma jurídica elaborada de acuerdo con la primera). En ese sentido, la teoría «pura» del derecho tiene necesidad de la «norma fundamental»¹⁰⁴ como un verdadero «fundamento hipotético»; es decir, si dicha norma es válida, también lo será el ordenamiento jurídico que se basa en ella. Así la «norma fundamental» da el fundamento de validez a todo el sistema jurídico. Ahora bien, como esa *Grundgesetz* es solo un supuesto, la solicitud de que los ciudadanos asuman este fantasma como el fundamento de la normatividad de todo sistema constitucional, aparentemente formado por su voluntad como ciudadanos, adquiere todo el aspecto de un *credo quia absurdum est*. De este modo, Kelsen llevó su teoría pura al extremo de mostrar sus profundas tensiones con el pensamiento democrático. Su teoría del valor absoluto de la norma fundamental contrasta con los elementos subjetivos de opinión al que tienen acceso los ciudadanos. Desde luego, no puede fundamentarse en su voluntad. Así, no se puede dejar de reconocer el carácter trascendente de la norma fundamental respecto del principio democrático.

Por eso se puede decir que, aunque Kelsen suministró el instrumental necesario para la comprensión del fenómeno jurídico, sin embargo, no abordó la temática política del origen de la norma fundamental. En realidad, no concede mayor relevancia a los principios constitucionales, siendo vistos apenas con una función suplementaria, integradora o correctiva de las normas jurídicas. De acuerdo con Kelsen la cuestión de la legitimidad de la norma fundamental sería un asunto reservado para la política y no para el Derecho como ciencia normativa. Sin embargo, la política para él solo era el terreno de las opiniones que había que neutralizar desde el relativismo. Jamás se daría paso, en esta actividad, a la definición de una norma fundamental.

Así pues, desde la perspectiva positivista no puede haber racionalización de ese campo valorativo de las opiniones democráticas. Aquella perspectiva estableció una rígida división entre conocimientos científicos, que nos aproximarían a la verdad, y los no científicos, que solo tienen apariencia de conocimiento. Se trata, por lo tanto, de una

¹⁰⁴ La «norma fundamental» (*Grundgesetz*) «es la condición de todo acto de instauración jurídica. Es un fundamento hipotético». *Op. cit.*, p. 85.

tesis reduccionista en la medida que niega racionalidad a todos aquellos conocimientos entendidos como no científicos que pueden ponerse en juego en el ámbito de la política democrática y que no se pueden separar de la cuestión de la justicia. Por eso, los seguidores de Kelsen tuvieron que neutralizar este punto intentando generar un criterio de justicia interna al ordenamiento jurídico, con lo que se intentaba algo que el propio Kelsen no deseaba impulsar: una despolitización de la sociedad.

Es importante señalar que esa pureza de la ciencia jurídica, esa separación teórica completa entre derecho y moral sigue teniendo una fuerte influencia en la modernidad, encontrando su cima en la obra de Herbert Hart (1907-1992), reconocida como el apogeo del positivismo jurídico. Este filósofo del derecho pretendió explicar la centralidad e importancia de las reglas en el ordenamiento jurídico utilizando lo que él denominó «regla de reconocimiento»¹⁰⁵, que es interna al propio sistema legal y varía en el tiempo y espacio, como criterio de validez jurídica de las normas.

El filósofo adopta, en esencia, el análisis de Aristóteles de justicia como igualdad y amplía su distinción entre la definición y los criterios de aplicación. La definición de justicia encaja con su precepto fundamental: tratar casos similares de forma similar y casos diferentes de forma diferente.¹⁰⁶ Sin embargo este precepto por sí mismo no proporciona una guía para su aplicación en casos particulares, por lo que debe ser complementado con un conjunto de criterios relevantes para decidir si los casos son similares o diferentes. Este problema de la relevancia es un asunto central en las discusiones contemporáneas sobre la justicia, pero Hart no proporciona una teoría general o un conjunto de principios para determinar qué características son relevantes.

Esta distinción que Hart realiza entre definición y criterios para analizar la justicia presenta todos los problemas generales de esta distinción. Particularmente se deja fuera de la definición la mayor parte del significado moral de la justicia y este se coloca en los criterios. Ahora bien, sin una especificación de los criterios relevantes el concepto de justicia se queda moralmente neutro y compatible con varios puntos de vista normativos, sin ofrecer guías prácticas para la evaluación de las leyes. Por ello el concepto de justicia no queda totalmente explicado hasta que se proporcionan los criterios relevantes, porque

¹⁰⁵ En substitución a la «norma fundamental» kelseniana, que es externa al ordenamiento jurídico. Consiste en una práctica social que establece que las normas que satisfacen ciertas condiciones son válidas.

¹⁰⁶ H.L.A. Hart. *The concept of law*. Oxford: University Press, 1961. v. e. El concepto de Derecho. Trad. Genaro R. Carrió. México: Editora Nacional, 1980, p. 199.

sin ellos las condiciones de la aplicación del concepto de justicia no quedan establecidas. Con ellos, el concepto deja de ser moralmente neutral.¹⁰⁷ Como es natural, debemos recordar que lo que hacía operativo el sentido de la justicia para la tradición kantiana era la existencia de criterios que definen los derechos fundamentales o pueden definirlos a partir de la cuestión de la dignidad humana. Eran estos criterios a la vez morales y políticos los que daban a la constitución el amarre inevitable en una noción de justicia. Al ser sustituidos por la propia norma fundamental hipotética, prácticamente reducida al sentido de normatividad formal, el positivismo carece de esta posibilidad de establecer criterios de justicia y además de vincularlos a la constitución en cada caso.

Nadie como Norberto Bobbio ha sabido resumir la posición de Kelsen. En efecto, Bobbio afirma que la *Teoría pura del derecho* ha combatido siempre en dos frentes: por un lado, contra el *Derecho natural* y, por el otro, contra la *sociología*, y por eso sus adversarios son los iusnaturalistas ilustrados y los sociólogos que demandaba el planteamiento de Jellinek. Sobre el tema señala:

La polémica contra el Derecho natural ha sido llevada a cabo en nombre de la objetividad de la ciencia, la cual tiene la tarea de conocer la realidad y no de valorarla, mientras que el Derecho natural es el campo de todas las ideologías que en cada ocasión han pretendido dar una valoración del Derecho positivo para afirmar su conformidad con ciertos ideales de justicia (doctrinas conservadoras) o su disconformidad (doctrinas revolucionarias). Contra la objetividad de la teoría pura del Derecho (y sin objetividad no hay ciencia), el Derecho natural expresa valores subjetivos o incluso irracionales y, por lo tanto, irreductibles a análisis científico. La polémica contra la sociología, en cambio, se lleva a cabo en nombre de la distinción entre la esfera del ser, a la que pertenecen los fenómenos sociales, y la esfera del deber ser, a la que pertenece el Derecho, el cual, en cuanto norma o conjunto de normas (ordenamiento), es una estructura calificativa de la realidad social y, como tal, debe ser estudiado no por una ciencia como la sociología, que procede al estudio de la realidad social con el método causal propio de las ciencias naturales, sino por una ciencia particular, sui generis, no explicativa, sino normativa, no de hechos (físicos, psíquicos, sociales) sino de normas (calificativas de hechos).¹⁰⁸

¹⁰⁷ BAYLES, Michael D. *Hart's Legal Philosophy*. An Examination. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992, pp. 110-111.

¹⁰⁸ Cf. Contribución a la Teoría del Derecho. Madrid: Editorial Debate, 1990, pp. 118-119. BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3a ed. Bauru/SP: EDIPRO, 2005, p.62/63: “No decorrer do pensamento jurídico do século XX, em diversos momentos, houve teóricos do Direito que buscaram captar o momento constitutivo da experiência jurídica não tanto nos ideais de justiça nos quais se inspiram

De la misma forma que Hans Kelsen, Bobbio mantiene la autonomía de la Ciencia Jurídica, porque corrobora la idea de que la Justicia no es un elemento de la definición del Derecho y, por eso mismo no se considera un iusnaturalista. Señala también que Kelsen ha distinguido el criterio de validez del Derecho respecto del criterio de valor del Derecho y de esta forma ha apuntado que no es tarea de la ciencia del Derecho ocuparse de la mayor o menor justicia de las normas, sino de su existencia o inexistencia y de su validez, no de su valor.¹⁰⁹ Validez hace referencia a una dimensión inmanente al derecho, mientras que valor pone en contacto con las opiniones subjetivas de los ciudadanos. De esta manera, Bobbio no puede evitar la misma tensión en las relaciones entre el derecho y la democracia. Los ciudadanos pueden discutir todo lo que quieran sobre su valor, pero eso no afecta a su validez, algo que les está completamente vedado en la medida en que no son científicos. No quiero argumentar que estas distinciones no sean relevantes, sino solo sugerir que en un régimen democrático los consensos acerca del valor de justicia de las leyes no pueden considerarse completamente al margen de su validez. El asunto de la legitimidad de Weber tiende a mostrar que es preciso reunificar ambos planteamientos.

Kelsen justifica ese posicionamiento por la visión relativista de la justicia y sostiene que la historia del conocimiento humano ha demostrado la inutilidad de los intentos de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir, una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Y continúa:

Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado, es que la razón humana solo puede acceder a valores relativos. Y ello significa

os homens, ou dizem inspirar-se, ou ainda nos ordenamentos jurídicos constitutivos, mas sim na realidade social, onde o direito se forma e se transforma, nas ações dos homens que fazem e desfazem com seu comportamento as regras de conduta que os governam. Seguindo a terminologia adotada, poderíamos dizer que estes movimentos, dentre os vários aspectos pelos quais apresentam o fenômeno jurídico, colocaram em relevo a eficácia, mais do que a justiça ou a validade. Travam uma batalha em duas frentes: contra o jusnaturalismo, que teria uma concepção ideal do direito, e contra o positivismo em sentido estrito, que tem uma concepção formal do direito. Em antítese ao primeiro, estas correntes podem ser chamadas realistas e ao segundo, conteudísticas, no sentido em que não veem o direito como deve ser, mas como efetivamente é, e nem o entendem como complexo de normas válidas, mas como normas efetivamente aplicadas em uma determinada sociedade. Segundo o ponto de vista por eles defendido, pecam por abstração tanto os jusnaturalistas quanto os positivistas, os primeiros porque substituem o direito real pela aspiração à justiça, os segundos porque o substituem pelas regras impostas e formalmente válidas, que frequentemente são pura forma vazia de conteúdo. Os positivistas veem apenas o contraste existente entre direito válido e direito justo. Os sequazes destas correntes veem também um contraste entre direito imposto e aquele efetivamente aplicado, e consideram apenas este último o direito em sua concretude, único objeto passível de pesquisa por parte dos juristas que não pretendem perder tempo com fantasmas vazios.”

¹⁰⁹ *Op. cit.*, pp. 117-139.

que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario. La Justicia absoluta es un ideal irracional, o dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre.¹¹⁰

El supuesto de esta tesis reside en que toda alusión a la justicia ha de ser relacionada con una justicia absoluta. La tesis que nosotros defendemos es que el juego concreto de la justicia en su producción de lo justo no tiene que aludir a una justicia absoluta ni impone con necesidad el juego apologético o ideológico que Kelsen ha detectado como esencial al problema de la justicia. En este sentido, como veremos, el activismo judicial puede aludir a una noción de justicia singular, sin pretensiones absolutas. Contraponiéndose a la construcción de Kelsen, dirá Carl Schmitt que el positivismo proporciona un método «puramente jurídico», y esta pureza está en eliminar cualquier tipo de consideración metafísica y metalegal y volver su atención a la propia ley. Por tanto, en los términos de la perspectiva positivista, la ley de la tierra es sólida, objetiva, fiable y estable y no se somete a la moral, la economía, la ideología y la política, pues teme caer en el «subjetivismo» de las consideraciones «metajurídicas».¹¹¹ En este sentido, por mucho que Schmitt no pretendiera vincular derecho a poderes democráticos, es evidente que intentaba vincularlo a la política. El problema es que su política, como la de Kelsen, era siempre el campo de lo irracional, y por tanto no había manera de que la normatividad del derecho convergiera con la propia de la política. Esta voluntad, que es la que inspira el republicanismo, no estuvo contemplada en un momento histórico en el que se tenía ante los ojos una república indefensa. El abordaje del activismo judicial sin embargo forma parte de una teoría del republicanismo e intenta definir el sentido republicano que puede tener el poder judicial dentro de la división poderes que todo republicanismo debe integrar. Sin embargo, el republicanismo no es una filosofía política obsesionada por el problema de la soberanía, que en cierto modo caracterizo al pensamiento de Kelsen, desde un punto de vista negativo, y al de Schmitt desde un punto de vista positivo.

¹¹⁰ Hans Kelsen. *¿Qué es Justicia?* Barcelona: Ariel, 2009, p. 59.

¹¹¹ Carl Schmitt. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934). v.e. Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica. Madrid: Tecnos, 1996, p. 35.

En efecto, en su confrontación con Kelsen, también recuerda Schmitt que más allá del derecho existe la soberanía y que sin esa no hay Estado, que de este modo viene a ser la verdadera norma fundamental.

No podemos dudar de que la dimensión metafísica de los problemas políticos es muy conscientemente defendida en Teología Política. Aquí, el argumento de la soberanía depende del problema del estado de excepción. Al recordar este punto, Schmitt se mantenía heredero del gran logro científico de Bodino. De forma cuidadosa, sin embargo, Schmitt afirma que la existencia de tal estado de excepción no es inmediatamente una cuestión jurídica, sino que se deriva de convicciones metafísicas. Hay una decisión jurídica, en la medida en que se requiere para aplicar el derecho. Esto lo sabe el positivista jurídico. Pero quien como Kelsen se mantiene en el caso normal, en la vida cotidiana y en los asuntos corrientes, no está interesado en la decisión propia del caso de excepción, ni en el problema de la soberanía. En los asuntos que se dilucidan en un tribunal o en una institución, no estamos en los terrenos de una decisión en sentido eminente. La decisión en este sentido se produce cuando no hay norma alguna que aplicar. También tenemos aquí un acto complejo. Para la decisión de la que habla Schmitt siempre se presupone otra previa: que la norma existente no vale, que hay un estado de excepción de la norma. Ahora bien, decidir cuando no valen las normas no puede ser deducido de norma alguna. Aquí se enfrenta Schmitt al positivista Kelsen, según el cual la reducción del Estado a derecho no necesitaba incluir la previsión del estado de excepción. Para Schmitt, la epojé sobre la que se levantaba el positivismo jurídico no era verosímil. Como tampoco lo es esa reducción del conocimiento a lo normal, o de la verdad a la aplicación de una regla. Por decirlo con una expresión de filosofía de la ciencia, hay una verdad más importante cuando se resuelve el problema que no puede ser planteado con las categorías de la ciencia normal, sino que implica un cambio de paradigma. En la percepción propia de Schmitt, en el Estado hay siempre algo que solo tiene significado en referencia al derecho, pero que en el fondo está más allá del derecho. Esto más allá del derecho, pero solo por mor del derecho, es la soberanía. Sin estas dos categorías, no hay Estado.¹¹²

Como vemos en este pasaje, Schmitt, influenciado por Max Weber, dirige su reflexión crítica justamente sobre el «carácter formal y no substancial de la legalidad, que conduce, en su opinión, a una indiferencia valorativa y a la neutralización de la política en la forma del Estado de Derecho»¹¹³, que reconoce tan solo como derecho una legalidad fijada normativamente, producto del racionalismo occidental y una forma de legitimidad por sí misma. Una legalidad positiva que obedece a una pura «racionalidad formal» y que

¹¹² José Luis Villacañas Berlanga, *Poder y Conflicto. Ensayos sobre Carl Schmitt*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2008, p. 113.

¹¹³ José Luis Monereo Pérez y Cristina Monereo Atienza. Estudio preliminar «La tensión entre los principios de legalidad y legitimidad en Carl Schmitt» en la obra de Carl Schmitt. *Legalidad y Legitimidad*. Granada: Editorial Comares, 2006, p. XI.

resulta en una mera legitimidad formal. Sin duda, esta es una parte imprescindible del republicanismo y de la *Rule of Law*. Sin embargo, no puede pretender una conexión con la realidad sin el complemento de la legitimidad, la otra dimensión de todo republicanismo. En realidad, este concepto está completamente ausente de Kelsen y esto muestra el centro mismo de sus debilidades.

Desde luego, Schmitt asumió este concepto weberiano. De forma coherente propuso Carl Schmitt, por lo tanto, complementar esa legalidad formal con un principio de «legitimidad substancial» (basada en la racionalidad material de Max Weber que veremos en el capítulo siguiente), entendiéndose con eso la existencia de un orden jurídico anterior al «jurídico-positivo» y fundamental respecto a él, y la existencia de una doble noción de validez: una formal (relacionada a la legalidad) y otra material (vinculada a la legitimidad). El problema de Schmitt es que esa legitimidad sustancial no estuvo definida desde un pensamiento republicano, sino de una opción carente de toda sensibilidad normativa, pues se orientó hacia una materialidad existencial cuya intensificación podía dar lugar a la diferencia amigo/enemigo. En este sentido, está dirigido hacia un pensamiento del antagonismo fundado en oscuros sentimientos de peligro y enemistas, cuya validez solo podía invocar aspectos fácticos y en modo alguno normativos.

Estos planteamientos tuvieron su influencia sobre la teoría de Schmitt de la justicia. En un principio, Schmitt reconoce que tanto el legislador como el juez naturalmente aspiran a ser «justos». Sin embargo, «entre el juez y la justicia aparece siempre un tercer poder que transforma la materia de la justicia en otro tipo de conglomerado». Ese tercer poder aparece en su obra temprana definido en este pasaje:

Entre la justicia substancial (en particular la del caso concreto) y su realización en la vida cotidiana se encuentra la exigencia esencial de todo orden jurídico de determinar el derecho. La superioridad del postulado de la determinación del derecho se muestra en que, precisamente porque apela a la justicia, queda caracterizado como un postulado de justicia. Así las cosas, es comprensible que mientras el juez mantenga vivo el sentido de justicia no deje de tomar en consideración la letra de una ley clara.¹¹⁴

¹¹⁴ Carl Schmitt. “Ley y Juicio”. En *Posiciones ante el Derecho*. Madrid: Tecnos, 2012, pp. 75-76.

Este primer Schmitt reclama siempre la dimensión positiva de la ley clara. Será tras sus planteamientos de teología política cuando Schmitt proponga el orden concreto como la condición de la justicia en su sentido material, como la fuente de legitimidad y como la dimensión normativa de lo fáctico que todo juez debe tener en cuenta. Resulta claro que estaríamos ante dos teorías de la justicia sustancial. La diferencia entre Schmitt y Weber, como veremos, es que la racionalidad material del derecho no está diseñada para que tenga efectos conservadores del orden concreto, sino que alberga la dimensión creadora de derecho que es electivamente afín a un pensamiento republicano.

En cierto modo, este problema afecta a los planteamientos de Hans Kelsen y Carl Schmitt respecto de la preocupación que ambos estudiaron acerca de quién debe ser el garante de la Constitución. Ahí de hecho se concentra el problema de la legitimidad en toda su plenitud, pues solo quien asume la mayor intensidad de validez puede proteger la fuente de la validez legal. Kelsen, reconocido como el mentor intelectual del control de constitucionalidad concentrado, atribuía al Tribunal Constitucional la tarea de la defensa de la Constitución, a través del modelo de jurisdicción constitucional. Esa era realmente la consecuencia de considerar el derecho como ciencia: atribuir su defensa al órgano científico más competente, al más capaz de dar razones derivadas de la organicidad y sistematicidad del orden constitucional. Schmitt defendía que solamente el jefe del Estado electo, y ningún otro órgano, sería el legítimo defensor de la Constitución.¹¹⁵ Su razón era que solo un representante sustancial de los valores y órdenes concretos que constituían la materialidad existencial del pueblo podía defender esos mismos valores y órdenes incorporados a la parte de la constitución que definía la legitimidad. Es la teoría que defendió Schmitt en su escrito de 1932 *Legalidad y Legitimidad*, en el que el uso de las categorías weberianas llegó a ser masivo. En la medida en que la justicia tenía relación con valores materiales, no era posible separarla de la defensa de aquellos elementos que concernían a la legitimidad constitucional.

Por supuesto, esto implicaría que el defensor de la constitución es el órgano soberano y en este sentido el encargado de la verdadera justicia material en la medida en que garantiza la defensa de los órdenes concretos. En el modelo constitucional clásico, el poder supremo es el poder legislativo, al cual compete, en su calidad de representante por excelencia del pueblo, la tarea de dar expresión legal a la soberanía popular. Este es el

¹¹⁵ Carl Schmitt. *La defensa de la Constitución*. Trad. Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 214-251.

esquema de la forma específica del parlamentarismo nacional que se basa sobre la idea de representación nacional expresada en el cuerpo completo del parlamento. En las palabras de Schmitt el constitucionalismo liberal consagró el paradigma del Estado «Legislativo», entendido como «un cierto tipo de comunidad política cuya peculiaridad consiste en que ve la plasmación máxima y decisiva de voluntad en un conjunto de normas que pretenden ser Derecho y que por eso requieren unas determinadas cualidades y, por lo mismo, el resto de funciones, competencias y asuntos públicos».¹¹⁶ Esta forma de Estado fue posible cuando el parlamento expresaba la voluntad nacional que se manifiesta en la totalidad del Estado y a través de todos sus órganos. El problema surge cuando el Estado deja de fundarse en la soberanía popular o de disponer de una voluntad propia, y pasa a ser meramente un instrumento para la realización de finalidades colectivas, lo que generaría una modificación del criterio de funciones de los Poderes estatales, que pasaría a ser el de las «políticas públicas» discrecionales en manos de las mayorías.¹¹⁷ Entonces el Estado se convertía en una mera forma sin contenido y en el que todo deviene a través de la forma reglamentaria de la legalidad. Esta desvinculación del Estado respecto de ciertos fines es un atentado a la forma republicana, desde luego, y Schmitt hizo bien en denunciarla y en oponerse a Kelsen por su insensibilidad hacia este aspecto de la cuestión. El problema en Schmitt reside en que esa finalidad interna del Estado era la defensa de los órdenes existenciales concretos y no la promoción de los valores específicos de la democracia.

Situado en la adecuada posición reflexiva, podemos considerar la obra tardía de Hermann Heller como el adecuado camino crítico de las principales posiciones en la república de Weimar. Podemos decir que Hermann Heller también es crítico con los «clásicos» del pensamiento jurídico publicista alemán, en particular de la que se ha llamado la línea Gerber-Laband-Jellinek-Kelsen; pero no es menos crítico en última instancia con Carl Schmitt. Desde ese punto de vista, Heller representa un regreso matizado a Weber, en la medida en que supo ver el Estado conectado a la corriente del espíritu europeo de larga historia.

Respecto a la crítica del derecho público clásico alemán, Heller se expresó en estos términos:

¹¹⁶ Cf. *Legalidad y legitimidad*. p. 1. Esa obra es un análisis del sistema weimariano y de la crisis del sistema parlamentario y del concepto de legalidad en que se funda.

¹¹⁷ Fábio Konder Comparato. “Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas”. *Interesse público*, v. 4, n. 16, p. 49-63, out./dez. de 2002. <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/364>, p. 54. Acceso el 15 de mayo de 2013.

Empero, esta tradición de pensamiento jurídico, en particular la representada por la obra de Gerber y Laband, constituye el núcleo de la doctrina que ha “fundado” conceptualmente el derecho público moderno de la Europa continental y, por ello, de lo que hoy entendemos, en Alemania, en España o en Italia, como Estado. Tal empresa teórica, de grandiosos reflejos institucionales, se caracteriza por una cualidad en cierto modo singular, la pretendida ausencia de atributos materiales, o bien la independencia. Independencia que es doble: tanto de la ciencia (el derecho) como de su objeto (el Estado). Esto coincide con un proceso de progresiva “autonomización” de lo político, sea en su dimensión normativa “fuerte”, sea en la moral, sea en una fisicidad o materialidad ligada a la de los sujetos humanos. La “autonomía de lo político” se da gracias a la reconstrucción jurídica de la noción de Estado, obra del positivismo jurídico decimonónico, en particular del alemán, a partir de la obra de Friedrich Carl von Gerber, pasando por Paul Laband y Georg Jellinek, hasta agregarse a la de Hans Kelsen, a quien alguien ha definido como el mayor jurista del siglo XX. En verdad, Kelsen representa, sea ideológicamente (es un demócrata convencido), sea metodológicamente (es un normativista extremo), una novedad respecto a sus predecesores. Particularmente significativas son sus críticas al concepto de Estado como persona jurídica y su rechazo de la noción de soberanía. Sin embargo, Kelsen, según propia admisión, desarrolla una concepción del derecho ampliamente estatista y coercitivistica y decididamente adversa a cualquier injerencia en la esfera jurídica de elementos provenientes de la moral y la política, que puede plausiblemente considerarse una filiación de la “revolución metodológica” acometida por Gerber y Laband y continuada por Georg Jellinek.¹¹⁸

Se trata de un texto luminoso que no requiere un gran comentario en sus tesis centrales. Baste recordar que esa autonomía de la política, que queda fuera de la comprensión científica del derecho, es la premisa para que se introduzca justo aquello que Schmitt detesta: la consideración del derecho como un mero medio en manos de una política autónoma, cuya voluntad por eso mismo deja de ceñirse a los fines del derecho, aunque tenga que atenerse a su forma. De este modo, la política se podía contemplar como la posibilidad de hacer cualquier cosa en la medida en que se hiciera a través del derecho. Esta comprensión de la política afectó a la comprensión misma de la democracia, pues esta pasó de ser un fin a ser un puro medio que podía ciertamente destruir su propio punto de partida, pues como todo medio siempre puede ser sustituido por otro mejor. Heller, con una mirada muy lúcida, crítica a la *Teoría Pura del derecho* por entenderla como una doctrina estéril, «una grandiosa ilusión», una vez que acabó siendo una «teoría del estado y del derecho sin estado y sin derecho» y en una «soberanía del derecho sin derecho». En efecto, podía imponer restricciones a la hora de alcanzar el poder, pero no podía poner

¹¹⁸ Hermann Heller. *El sentido de la política y otros ensayos*. Traducción Maximiliano Hernández Marcos y Encarnación Vela Sánchez. Prólogo de Massimo La Torre. Valencia, 1996, p. 21.

restricciones a la hora de usarlo. Desde este punto de vista no desactivó la estrategia de Hitler. *In verbis*:

Toda teoría o elaboración jurídica de los fenómenos Estado y derecho tiene que contener, indefectiblemente, una valoración política; ante todo, porque cada teoría o elaboración jurídica de aquellos fenómenos debe referirse efectivamente a la unidad decisoria territorial. Todo intento para disolver esta relación conduce a un espejismo y desemboca en una teoría del estado y del derecho sin estado y sin derecho.¹¹⁹

Era otra forma de decir que el Estado debía incorporar, como pensaba Schmitt, valores y fines materiales y que el derecho no se podía usar contra ellos con legitimidad. Para Heller, uno de esos fines internos al Estado era desde la luego la democracia, pero su sentido es completamente del de Kelsen. De acuerdo con Heller, Kelsen «*defiende la democracia con el argumento del relativismo o no-cognitivism ético: puesto que no es posible alcanzar una verdad ética, todas las posiciones morales son entonces lícitas. Del relativismo ético se deduce la afirmación del pluralismo político y de la democracia*».¹²⁰ Sin embargo, ese relativismo, de elevarse a absoluto, defiende mal los valores y derechos fundamentales de la propia democracia. Por supuesto, Hermann Heller defiende la dignidad epistemológica del sincretismo metodológico, algo que recuerda de nuevo a Weber, donde «*la ciencia jurídica no puede prescindir de hacer sociología por un lado y teoría política y moral por otro*» y en que «*todo el problema jurídico, sin excluir ninguno, radica, por debajo, en la sociología, y en lo alto en la esfera ético-política, y no es únicamente accesible a un análisis causal o a uno normativo, sino que requiere los dos*».¹²¹ Esta doble dimensión causal y normativa recuerda los dos aspectos de la legitimidad en Weber, una que estudia la validez en sentido empírico y otra que estudia la validez en su sentido normativo. La clave de Schmitt, desde esta perspectiva se entiende como una vía de excepción para una sociedad que no tiene suficiente vinculación con los valores democráticos materiales y fundamentales como norma inspiradora de la justicia.

¹¹⁹ Hermann Heller. *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 309.

¹²⁰ Hermann Heller. *El sentido de la política y otros ensayos*. Traducción Maxmiliano Hernandez Marcos y Encarnación Vela Sánchez. Prólogo de Massimo La Torre. Valencia, 1996, p. 18.

¹²¹ Hermann Heller. *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Traducción y estudio preliminar de Mario de la Cueva. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 95.

En este sentido, no hay posibilidad de atender el problema de la justicia en una sociedad democrática sin la defensa política de los principios jurídicos fundamentales de una constitución democrática. Estos *Grundrechte* constituyen la base de legitimidad, de la política, identifica los fines materiales del Estado y por lo tanto constituyen los criterios últimos de justicia.

Otra crítica importante al positivismo surgió a través del pensamiento de Ronald Dworkin, que es considerado un teórico de la justicia que rechaza explícitamente las doctrinas positivistas (en especial la obra de H. L. A. Hart, pues considera la versión más depurada del positivismo jurídico), cuya posición general consiste en una filosofía social y política que de alguna forma subordina el derecho a un análisis moral, estableciendo una distinción lógica entre normas, directrices y principios. En cierto modo, Dworkin va más allá de Heller al proponer explícitamente que estos derechos fundamentales de la constitución no pueden sostenerse sin una apelación expresa a la moral, más allá de las vagas alusiones que hace Heller a los principios generales en los que converge el estoicismo de la tradición del derecho natural y el cristianismo. En este sentido, Dworkin parte de la idea de que los principios son específicamente morales y que la complejidad del derecho no permite la separación entre «razonamiento jurídico» y «razonamiento moral», sino que establece una dependencia del primero con relación al segundo; es decir, que no es posible en la práctica que el derecho se limite a una visión unilateral de las normas, sin tomar en consideración las directrices y principios, bajo pena de generar injusticias en los casos concretos. Sin embargo, la tesis más relevante de Dworkin reside en la apertura que esos principios morales conceden a los principios jurídicos. Este argumento es muy importante en relación con nuestro asunto del activismo judicial. En efecto, defiende Dworkin un «modelo constructivo» en el que se supone que los principios no tienen una existencia fija, sino que a través del «razonamiento moral o la filosofía moral» se reconstruirían los principios fundamentales mediante la disposición de los juicios concretos. En este caso, la creatividad del derecho iluminado por los principios fundamentales de la moral que iluminan el espíritu de una constitución, se concentra en las sentencias acerca de lo justo en concreto que producen las sentencias particulares. Así, el problema de la justicia, siempre de naturaleza abstracta, se concreta con elementos que pueden devenir arquetipos de argumentos creadores de leyes. No hay

que olvidar que, en su argumento, tales principios que fundamentan la idea misma de justicia son «categorías innatas de la moralidad, comunes a todos los hombres».¹²²

En este sentido, no se puede construir una teoría general del derecho, siendo estrictamente normativos y apartándola del razonamiento moral, de los principios de justicia material, de la ética, de la filosofía, de la sociología, etc., ni mucho menos separar la «ciencia descriptiva de derecho de la política jurídica».

Para nuestra tesis, sin embargo, esta crítica a Kelsen ha producido frutos importantes. Ante todo, que no es posible huir del razonamiento práctico en el trabajo de los jueces y, por eso mismo, deben hacer uso de lo que Joseph Raz llama de «razón justificativa u operativa»¹²³. Con Heller, esta razón justificativa debe reflejarse de algún modo en el ordenamiento constitucional, aunque puede tener fundamentos que lo trasciende, y cuyo contenido normativo constituyen fines reales del Estado. Para identificar esta vinculación normativa del Estado democrático con valores nos sirvió la crítica a Schmitt, que también nos iluminó para mostrar que la defensa de esos valores materiales no puede encargarse meramente a la ciencia jurídica, sino a la sociedad en su conjunto. De este modo, vemos los supuestos de lo que podemos llamar una idea de justicia operativa dentro de una sociedad construida sobre valores republicanos. El activismo judicial forma parte de esta construcción. Obviamente, eso no debe generar inseguridad jurídica, ya que los jueces no toman como base en sus razones justificadoras su propia moral o sus opiniones subjetivas, sino más bien los principios, directrices y las promesas de la Carta Magna y aluden a sus fundamentos de legitimidad, no a sus valoraciones personales. Eso sí, lo que se busca a través del activismo judicial es dar efectividad jurídica a la discrecionalidad constitucional que poseen los jueces.

En efecto, la complejidad de las sociedades modernas y los asuntos que llegan a los jueces en búsqueda de una respuesta no admiten que la tarea del juez sea «lógico-mecánica», como una mera subsunción a la norma preestablecida. Desde el punto de vista republicano, el juez es un poder político y mantiene una discrecionalidad judicial, como defiende Bobbio; y debe hacer uso de los principios y directrices del propio derecho preestablecido, en el que, como piensa Dworkin encontrará la «respuesta correcta»¹²⁴.

¹²² Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1979, v.e. *Los Derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2012, pp. 245-247.

¹²³ Joseph Raz. *Practical reason and Norms*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

¹²⁴ Ronald Dworkin. *Los derechos en serio*. Traducción Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2012, pp. 20-21. Es importante resaltar que Dworkin no reduce la actividad del juez a la mera operación mecánica,

El mayor problema del exceso de formalismo en la ciencia del Derecho es que al final se prescinde del contenido mismo del Derecho, de los fines legítimos del Estado, tornando el derecho ajeno al movimiento histórico, distante de la de sociedad concreta que regula y encerrando «el camino para la comprensión de la realidad jurídica en su individualidad»¹²⁵. En este sentido, hemos querido dejar claro que la separación existente en la práctica jurídica entre la *justicia social* y los contextos legales deriva del modelo positivista que percibe el derecho solamente como un conjunto de normas, es decir, un modelo vinculado estrictamente a las leyes, cuya validez está desconectada del contexto social, y que deja de lado toda suerte de directrices respecto a los objetivos sociales, y de los principios que están relacionados a la idea de justicia y equidad. Nuestra tesis quiere reintroducir estos elementos en la comprensión republicana del derecho a través del activismo judicial.

Quizá debamos comprender que siendo el iusnaturalismo (con sus fundamentaciones morales) y el positivismo dos formas diferentes y legítimas de considerar el fenómeno jurídico, no se excluyen necesariamente, como defiende Norberto Bobbio. Él se apoya en la utilidad del iusnaturalismo para «cambiar, mejorar o, según los casos, justificar el derecho vigente» y en la credibilidad del positivismo jurídico por ofrecer «una teoría coherente, racionalmente construida y empíricamente controlada del fenómeno jurídico que, sin embargo, no consigue elucidar nada de la justicia y la injusticia de las leyes». Es decir, el iusnaturalismo ejerce su función como teoría del derecho o como ideología del derecho, aspectos ambos necesarios para comprender la complejidad del fenómeno jurídico¹²⁶. Bobbio menciona que el renacimiento del derecho natural ha operado con fuerza y, con él la idea de que hay un «derecho por encima de la ley», hasta el punto de reconocer que «donde la justicia exige que las normas positivas, contrarias a ella, tienen que ser consideradas como no jurídicamente válidas»¹²⁷. Como vimos, este es el movimiento que inició Heller.

pero tampoco defiende la existencia del poder político del juez. Es decir, el juez garantiza derechos, pero no los crea, que es lo que defendemos aquí en esta tesis.

¹²⁵ Felipe González Vicén. “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Ministerio de Justicia y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (ed.), 1961. p. 168.

Disponible en

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=F_1961_ANUARIO_DE_FILOSOF%C3%A1_DEL_DERECHO, último acceso el 16 de octubre de 2016.

¹²⁶ Norberto Bobbio. *Locke y el Derecho natural*. Valencia: Tirant humanidades, 2017, pp. 9-10.

¹²⁷ *Ibidem*, pp. 17-18.

A menudo hemos hablado de que la teoría del activismo judicial forma parte de la teoría política republicana y hemos identificado cómo esta línea puede surgir con cierto rigor lógico cuando se comprenden las debilidades del pensamiento jurídico que no pudo impedir la crisis de la República de Weimar. Ahora vamos a ver la propuesta de Weber que está relacionada con una teoría política republicana como vamos a ver. En la medida en que el sistema legal permanece bajo la mirada del observador externo, que interpreta el contexto social vital como una segunda naturaleza, inaccesible a los elementos jurídicos normativos, se abre espacio para comprender mejor la teoría de derecho de Max Weber y, a la vez percibirla como un instrumento fundamental para la comprensión de la crisis del formalismo del Estado de Derecho Liberal a través de su análisis de la racionalización y legitimación del derecho. Es justamente lo que intentaremos demostrar en el próximo epígrafe. Sin embargo, al hacerlo queremos ir más allá y mostrar un modelo de comprensión del Estado que de algún modo se mantiene vinculado a los problemas de justicia, que hace evolucionar el derecho en sentido material, y que descubre las limitaciones tanto del positivismo como del existencialismo político de Schmitt.

2.3 MAX WEBER: LA RACIONALIZACIÓN FORMAL Y MATERIAL DEL DERECHO

Hemos visto anteriormente que la idea de una ley permisiva en Kant era la manera en que se reconciliaba provisionalmente la normatividad civil y la facticidad social, la racionalización formal y la racionalización material del derecho. Sin embargo, esas dos dimensiones también se concitan a través de la teoría rawlsiana al exigir que la justicia tenga una base de eficacia, de tal manera que la aplicación del velo de ignorancia produzca con mínimos gastos máximos beneficios (principio maxi min) y se puedan corregir las desigualdades injustas a nivel de estructura social material. El principio de justicia apoyado sobre el principio de eficacia en Rawls permite la existencia de desigualdades en la medida en que ellas se autotranscendan; esto es, se aceptan en la medida en que sean provisionales y se coloquen en una serie histórica en la que paulatinamente se reduzcan. De esta manera, el principio formal de justicia se reconcilia con un principio material de aproximación a su realización. En cierto modo, podemos decir que aborda el mismo problema de la síntesis de racionalización formal y material del derecho. La diferencia es

que Rawls no explica el argumento desde el punto de vista del Derecho, sino del punto de vista de la teoría de la justicia. Podríamos decir que el Estado de derecho debe permitir la realización de la justicia en este sentido.

2.3.1 *Unos conceptos fundamentales*

Max Weber utiliza el concepto de racionalidad en una amplia variedad de contextos para referirse a ciertos aspectos de la acción, decisión y visión del mundo. Su teoría de la racionalización de la modernidad está expuesta de forma detallada en *Economía y Sociedad*, obra póstuma en la que realiza un estudio profundo sobre la constitución de las sociedades capitalistas y sus transformaciones en los diversos ámbitos, especialmente el económico y el jurídico, observando los cambios que ocurrieron en la ciencia y, sobre todo, en el Estado de derecho, interpretando las diversas dimensiones de sentido que están en la base de las estructuras sociales. Aunque los estudiosos no se ponen de acuerdo acerca del sentido último de una obra que en realidad no fue concebida como tal por Weber, hay una mirada suficientemente aceptada que considera que el tema principal de toda esa compleja vida entrelazada de economía y sociedad es el problema de la racionalización occidental.

Sobre el concepto de racionalización de Max Weber menciona Thomas McCarthy:

Con el concepto de racionalización, Weber trataba de captar todo un complejo de tendencias relacionadas con el progreso técnico y científico y con sus efectos sobre la trama institucional de las sociedades tradicionales. Tales tendencias incluían la extensión de las áreas de la sociedad sujetas a los criterios de la decisión racional (tales como actividad económica, derecho civil y la autoridad burocrática), el progreso de la industrialización y las consecuencias de este progreso (tales como la urbanización de la forma de vida), la burocratización de la administración y la expansión del control burocrático, la radical devaluación de la tradición y la progresiva secularización y desencantamiento del mundo. Pese a que sus sentimientos frente a este proceso fueron ambiguos, Weber lo consideraba sin duda

alguna como irreversible: el hombre moderno estaba condenado a vivir como en un «estuche de servidumbre»¹²⁸

Esta perspectiva olvida que también para Weber se podría hablar de la racionalización subjetiva de la vida, en la medida en que conduzca al ordenamiento de la conducción racional de la vida en tanto *ethos* que permite la coherencia en la construcción de la personalidad. Es verdad que esta racionalización subjetiva, inspirada en las figuras derivadas de la Reforma, presenta connotaciones autorreferenciales, pero no ignora la dimensión comunitaria de esta ética, que acaba mostrando dimensiones sociales inevitables. McCarthy, en la perspectiva habermasiana, desea reducir la racionalización a las dimensiones objetivas, porque desea abordar el problema de los ámbitos subjetivos de la racionalización desde la estrategia de la acción comunicativa. Aquella racionalización objetiva, en la perspectiva teórica de Habermas, abre espacio para la libertad y la autonomía, permitiendo la actuación de la «acción comunicativa» en el entendimiento común sobre las normas y valores universales, así como en la solución de los conflictos sociales en la medida en que mantiene activas las estructuras del mundo de la vida. Y aquí empieza toda una reflexión crítica por parte de Habermas al pensamiento weberiano, por entender que la teoría de Weber capta apenas el «saber racional con relación a los fines», además de utilizar un concepto complejo y al mismo tiempo restricto de racionalidad. En realidad, estas críticas son apresuradas y brotan del intento de volcar el rico arsenal teórico weberiano en otro esquema de pensamiento. En nuestra opinión, la relación entre racionalización objetiva y subjetiva es altamente compleja, no puede reconciliarse de forma automática, implica un sinfín de matices que van del trauma a la formación de tradiciones, y no puede llevarse a cabo mediante la doble evolución de la técnica y de la acción comunicativa. Un caso dado de esta reconciliación entre racionalización objetiva y subjetiva, en cierto modo, es la que se produce entre racionalización formal y material del derecho, el tema que finalmente llevó a Habermas a la cuestión de la relación entre facticidad y validez. Es altamente significativo que sin embargo en este libro no exista una discusión adecuada sobre la tesis de Weber.

Comencemos a analizar, entonces, la tesis de racionalización de la modernidad de Weber y su comprensión de la legitimación del derecho.

¹²⁸ Thomas McCarthy. *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas*. Madrid: Tecnos, 1992, p. 38.

La concepción de la sociedad construida por Weber implica una separación de las diversas esferas que la constituyen -como lo económico, religioso, político, jurídico, social, cultural- cada una con una estructura y una lógica particular que rige ese ámbito de acción social. El agente individual es la unidad de análisis sociológico, la única entidad capaz de dar sentido a sus acciones, pero estas siempre son acciones sociales. Podemos decir que el sentido tiene un portador singular, pero solo se realiza en el contexto de la acción o la relación social. En el pensamiento weberiano, la modernización de la sociedad es entendida como un proceso «histórico y gradual de racionalización», que implica la diferenciación de esferas autónomas. Por tanto, la racionalización no se puede en modo alguno caracterizar como un proceso sustancial y unívoco. La racionalización propia de la modernidad constituye un conjunto de diversas racionalizaciones, la que va desde la ciencia a la estética, desde la religión a la vida moral, desde la economía a la política. Por supuesto que para él la racionalización ética brotaba de la gran corriente de vida religiosa que desde el movimiento profético, atravesando el cristianismo, llevaba a la Reforma. Este esquema de pluralidad de las esferas de acción social servía de base para sus análisis más abstractos sobre la forma de la acción social. En relación con esta Weber dice que puede ser:

- 1) Racional con arreglos a fines: determinada por expectativas en el comportamiento tanto de objetos del mundo exterior como de otros hombres, y utilizando esas expectativas como “condiciones” o “medios” para el logro de fines propios racionalmente sopesados y perseguidos.*
- 2) Racional con arreglo a valores: determinada por la creencia consciente en el valor – ético, estético, religioso o de cualquiera otra forma como se le interprete – propio y absoluto de una determinada conducta, sin relación alguna con el resultado, o sea puramente en méritos de ese valor.*
- 3) Afectiva, especialmente emotiva, determinada por afectos y estados sentimentales actuales, y*
- 4) Tradicional: determinada por una costumbre arraigada.¹²⁹*

Vemos que la teoría de la diferenciación de esferas de acción se vincula siempre con la forma específica de acción racional con arreglo a valores. Cada esfera se vincula a un valor. Y solo en relación con esos valores se puede hablar de acción racional con arreglos a fines, que no puede ser sino fines sometidos a un valor específico. Por lo tanto, no es correcto hablar, como ha interpretado Habermas, de un pensamiento weberiano

¹²⁹ Cf. Economía y Sociedad. Madrid: FCE, 1993, p. 20.

únicamente direccionado a captar una forma de acción racional en tanto instrumental (o acción racional con arreglo a los fines). Estos fines no pueden ser abordados al margen de los contextos de acción racional con arreglo a valores. Tratemos ahora de aplicar este esquema simplificado al problema del derecho y su racionalización.

Dice Weber que la «acción social» y también la «relación social» pueden orientarse por una relación de valor específica; a saber, cuando se tiene en cuenta la representación de la existencia de un *orden legítimo*. Eso ocurre cuando se considera lo que él llama «validez del orden». Para entender este punto debemos recordar este texto. «Al “contenido de sentido” de una relación social le llamamos: a) “orden” cuando la acción se orienta por “máximas” que pueden ser señaladas. Y solo hablaremos, b) de una “validez” de este orden cuando la orientación de hecho por aquellas máximas tiene lugar porque en algún grado significativo aparecen válidas *para* la acción, es decir, como obligatorias o como modelos de conducta».¹³⁰ El derecho es un caso específico de orden legítimo porque las reglas jurídicas rigen una relación social como modelos obligatorios o vinculantes de conducta.

Por supuesto que, respecto al derecho, como respecto a cualquier otro orden, el actor se puede vincular desde la racionalidad de fines, de valor, afectivo o tradicional. Así, los motivos de la orientación de la acción por un *orden válido* son diversos, entre ellos la racionalidad del fin, la costumbre, el arraigo de una conducta, o la actitud íntima de la creencia en su validez. Cuando un orden guía la acción a través del «prestigio de ser obligatorio y modelo», entonces tendrá el «prestigio de la legitimidad». En resumen, la legitimidad de un orden puede estar garantizada:

I. De manera puramente íntima, y en este caso:

- 1) puramente afectiva: por entrega sentimental;*
- 2) racional con arreglo a valores: por la creencia en su validez absoluta, en cuanto expresión de valores supremos generadores de deberes (morales, estéticos o de cualquier otra suerte);*
- 3) religiosa: por la creencia de que de su observancia depende la existencia de un bien de salvación.*

II. También (o solamente) por la expectativa de determinadas consecuencias externas; o sea, por una situación de intereses; pero por expectativas de un determinado género.¹³¹

¹³⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 26-27.

Vemos por tanto que la racionalidad instrumental de medios y fines tiene muy poca relevancia respecto del reconocimiento de la legitimidad de su orden. Aquí lo decisivo es la creencia en la validez, ámbito que pertenece a la racionalidad valorativa.

Pues bien, Weber añade que un orden legítimo puede llamarse: a) Convención, cuando su validez está garantizada externamente por la probabilidad de que una conducta discordante tendrá que enfrentarse con una reprobación general en el seno del grupo; b) Derecho: cuando la validez del orden está garantizada por la probabilidad de la coacción ejercida por un «cuadro de individuos» encargado de esa función. Vemos así que el derecho es un orden de validez apoyado por un cuerpo específico de agentes interesado en su cumplimiento con medidas coactivas para aquellos casos en los que los actores no se vinculan a él por ninguno de los motivos aducidos. Lo decisivo en el concepto de orden de derecho es el «cuadro coactivo», la posibilidad de castigar su transgresión, no el hecho genérico de que se confíe ante todo en las diversas formas de asumir su validez. El derecho se reconoce por el refuerzo coactivo de la validez, pero no por su substitución o por su anulación. Es un orden legítimo coactivo, no meramente un orden de coacción.

Para abordar el origen del pluralismo de las esferas de acción social es relevante señalar la crítica que hace Weber a Rudolf Stammler (1856-1938), filósofo del Derecho alemán, que intentó perfeccionar la concepción materialista de la historia.¹³² Aunque el libro de Weber es tortuoso, afirma Weber que «no solamente no distingue Stammler entre la validez normativa y la empírica, sino que desconoce además que la acción social no se orienta únicamente por «ordenes legales»; sobre todo, convierte de modo lógicamente erróneo el «orden» en una «forma» de la acción social y le asigna un papel con respecto al «contenido» semejante al que tiene en la teoría del conocimiento».¹³³ Esta tesis, que es acertada, nos obliga a complementarla con el verdadero punto de fricción en la crítica de Weber, que la investigación en las ciencias sociales es de naturaleza empírica y que debe identificar los objetos singulares del devenir histórico al margen de los contenidos ideales de las construcciones dogmáticas de las diferentes ciencias.

Weber propone una crítica frontal a la pretendida «superación de la concepción materialista de la historia» de Stammler (1907)¹³⁴ y, en líneas generales, podríamos citar

¹³² Véase *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. v.e. *Tratado de filosofía del derecho*. Trad. W. Roces. Madrid: Reus, 2007.

¹³³ *Ibidem*. p. 26.

¹³⁴ Rudolf Stammler. *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung*. Leipzig: Veit & Co, 1906.

entre aquellas críticas que se refieren al derecho los siguientes puntos: a) Stammler coloca la historia como «proceso monocausal» explicado solamente a través de la economía material, eliminando la necesidad de análisis del contexto social, de la realidad empírica en sus articulaciones singulares, etc. y simplificando de este modo la propia política, la historia, la cultura y el derecho determinándolas por la esfera de los intereses de la producción económica. Esto es: Stammler reduce y elimina la cuestión del derecho como máxima, en la medida en que afecta a la voluntad de los hombres reales, al estudiarlo sobre todo como norma o regla ideal. Ahora bien, en su condición de máxima, la eficacia del derecho sobre los seres humanos solo puede abordarse desde aspectos culturales, tradicionales, simbólicos que exceden meramente los económicos. Por eso, Weber tratará, en ese punto, del «concepto de comprensión», que es justamente resultado de la captación de los significados y sentidos; b) En la visión de Stammler no existe autonomía en las diversas esferas de la sociedad: política, cultura, economía y derecho, y en los individuos el derecho actuaría sobre la realidad a través de su cualidad «formal», y no «substancial», lo que es totalmente rechazado por Weber, que defiende la percepción subjetiva que el actor social tiene en el surgimiento del sistema jurídico como elemento central en el estudio empírico del derecho¹³⁵; c) Stammler desconocía la distinción esencial entre el «ser» y el «deber ser», la distancia entre el carácter formal de las leyes y su aplicación real entre su lógica interna y su obediencia, lo que, según Weber, es justamente la misión del sociólogo: entender por qué «el progreso en la racionalización del Derecho no va necesariamente acompañado de una creciente conformidad de los comportamientos con su validez normativa».¹³⁶ Aquí la validez normativa del derecho no siempre es validez sociológica o política de derecho. De ahí que en la mediación entre la dogmática jurídica y la eficacia empírica del derecho haya que introducir todo el mundo de las representaciones contextuales de los seres humanos, sobredeterminadas desde los puntos de vista políticos, culturales y religiosos.

Weber de este modo propuso escapar a las tesis monocausales tanto del espiritualismo como del materialismo histórico, y mostró la necesidad de encontrar explicaciones causales adecuadas para la historia social, capaces de superar las simplificadas entre estructura y superestructura. Por eso, para explicar las distancias entre el contenido dogmático del derecho como regla jurídica y la relevancia empírica del

¹³⁵ Max Weber. *Crítica a Stammler y otros textos*. Madrid: CIS-BOE, 2009, pp. 87-143.

¹³⁶ Julien Freund. *Sociología de Max Weber*. Barcelona: Ediciones Península, 1986, p. 220.

derecho como máxima, consideró que era completamente inevitable abordar la cuestión del poder y de la legitimidad. Eso nos lleva al punto importante de las relaciones entre Poder y Dominación legítima. La discusión sobre la justicia no puede ser indiferente a la relación de dependencia existente entre el Derecho y el Poder, pues es muy difícil que los seres humanos elevan el derecho a máxima si tienen completamente asumido que se trata de un derecho injusto. Y aquí otra vez la confrontación entre Max Weber y Hans Kelsen puede ayudar a comprender el asunto, pues permitiría calificar la norma ideal del derecho como máxima de conducta probable de los seres humanos empíricos en la medida en que pueda ser calificada por ellos de justa y no meramente de legal. De un lado tendríamos la teoría política de Weber acerca de las formas de legitimidad que reconcilia a través de la validez la norma y la máxima y, del otro, la teoría normativa de Kelsen que no necesita ir más allá de la norma y su validez legal para atribuirle imputaciones causales sobre el comportamiento de los actores. El contraste entre ambos puntos de vista nos permite entender la imposibilidad de separar el problema del poder y la transformación de la norma en máxima.

En ese sentido cabe recordar el pasaje de Norberto Bobbio que media en esta polémica y que dice así:

Efectivamente, llegados a la cima de las dos escalas, la de los poderes y de las normas, viene al caso preguntarse si llega más alto la primera o la segunda. Metáforas aparte, llegados al vértice, surge la pregunta: ¿va antes el poder o va antes la norma? A pesar de la obstinación con que los teóricos del Derecho por un lado y los teóricos de la política por el otro insisten en sostener que va antes la norma (la teoría de la norma fundamental de Kelsen) o antes el poder (la vieja y siempre nueva teoría de la soberanía como potestas superiorem non recognoscens), la solución del problema depende exclusivamente del punto de vista en el que nos pongamos. Si se parte del poder desde abajo, se llega, pasando de un poder inferior a uno superior, al poder de los poderes, al sumo poder; si se parte de la norma desde abajo, se llega, pasando de la norma inferior a la superior, a la norma de las normas, a la norma fundamental. Pero nada mejor que esta reducción en el vértice nos permite comprender que el problema del poder y el de la norma son las dos caras de una misma moneda.¹³⁷

Ciertamente, tendríamos dos caras del problema del derecho, pero no serían de la misma moneda. Para Weber sería la moneda de la norma ideal que permite estudiar

¹³⁷ Norberto Bobbio. *Contribución a la teoría del Derecho*. Madrid: Debate, 1990, p. 302.

dogmáticamente el derecho y la moneda de la realidad empírica que permite entender sus efectos sobre la realidad de la vida social. Por tanto, el problema no se resuelve con su reducción a los puntos de fundamentación, la norma fundamental y la soberanía. Se trata de ver que la comprensión de la norma, y la comprensión de los elementos del orden legal, es siempre un punto más en el conjunto de los motivos empíricos por los que esa norma la adaptamos como máxima. En este sentido, el poder emerge como una realidad que no solo se concentra en la soberanía que impone coactivamente el derecho, sino también en toda su dispersión, como la fuerza que rige la manera en que yo lo adopto como máxima. Según Weber, poder, en un sentido más cercano a Foucault, significa «la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad» y dominación debe entenderse como «la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas».¹³⁸ La manera en que una cosa y otra se canaliza empíricamente a través del derecho no se deriva de la norma ideal del derecho.

El poder no necesita dominación. La diferencia entre poder y dominación tiene que ver con la naturaleza puntual, informe, personal, difusa y fáctica del primero, frente a la naturaleza inevitablemente evaluativa de la segunda. No toda dominación es por sí legítima, sin embargo, ya que a esta le es intrínseca la afirmación de su validez. Y esto implica algún grado de reconocimiento de su justicia o su derecho a dominar. Y eso implica algún tipo de relación con el derecho interpretado en su contenido ideal.

Como toda acción, la dominación legítima se puede asentar en cuatro aspectos. Así, señala el filósofo que la dominación legítima puede ser justificada a través de principios de autoridad ya sea de acuerdo con: a) racionalidad referida a valores, por su conciencia de valor; b) racionalidad referida según fines, que establece dependencia con consideraciones utilitarias de ventajas e inconvenientes por parte de quien obedece; c) tradicionales: dependencia en relación a los costumbres; y d) afectivos: basados en el puro afecto, en la mera inclinación personal del que obedece. Sin embargo, en la relación de dominación, por cuestiones de estabilidad, se acostumbra a apoyarla internamente en bases jurídicas, donde se funda su legitimidad, en una mezcla inseparable a veces de validez y utilidad, de tradición y hábito.

En esta esfera de mediación entre la norma jurídica y la máxima de actuación empírica, Weber afirma que hay tres tipos de dominación legítima de los cuales depende

¹³⁸ *Ibidem*, p. 43.

el razonamiento de justicia: la legal (dominación jurídico-burocrática), la tradicional (dominación legítima o patriarcal) y la carismática, cuyas fuentes de autoridad, obviamente, son distintas: en el primer tipo de dominación sería la conciencia de la validez del estatuto legal en la medida en que se ha dado autorización a fundarlo y aplicarlo; en el segundo, el reconocimiento antiguo, por ejemplo como el del patriarca, y una especie de orientación habitual y, por último, el don de la gracia (carisma), heroísmo o cualidades de liderazgo individual. De esa manera, las cualidades emanadas del líder (profeta, gobernante plebiscitario, líder del partido político u otros) son denominadas carisma y aquellas provenientes del medio social objetivo son derivadas de la burocracia, de las estructuras racionales y legales. Sin embargo, Weber percibió que, en la práctica, el carisma del líder depende del reconocimiento de sus seguidores, por lo que el carisma no puede ser aislado de su conciencia de validez. Profundizaremos en este tema más adelante.

Como se puede suponer, los diferentes tipos de legitimidad no son separables de otras tantas ideas de la justicia y del poder y cada una de ellos configura por así decir un tipo orgánico de relación entre orden legal, validez y obediencia. Por supuesto, cada orden legítimo se inclina hacia el pasado (tradicional) o hacia el futuro (carismático), y solo el orden legítimo racional-legal se especializa en un cambio legal sostenido por la experiencia legal, conjuntando pasado y futuro. Por eso, solo en este orden de la legitimidad Max Weber establece un nexo entre racionalización y legalización que afecta a la comprensión del orden del poder y a los motivos de la validez de la ley. Vamos a analizar esto con un poco más de detenimiento.

2.3.2 *Racionalización jurídica*

Es sabido que el pensamiento de Max Weber, reconocido como crítico de la sociedad racionalizada, burocratizada y desencantada, estuvo centrado básicamente en el análisis de los problemas económicos y políticos, la sociología de la religión y la sociología del derecho, pero en la obra monumental *Wirtschaft und Gesellschaft* (Economía y Sociedad), tras una exposición de su posición metodológica, Weber se dedica a analizar los elementos del orden normativo de la sociedad, demostrando la absoluta relevancia y la preocupación que ha tenido con los problemas jurídicos. Sin duda

alguna, sus aportaciones son decisivas para comprender mejor el mundo en que vivimos y la problemática que aquí planteamos.

El derecho ocupa un lugar destacado en la teoría de la racionalización weberiana, tanto que dedica un capítulo entero de la «Sociología del derecho». La sociología jurídica weberiana tiene como idea central el fenómeno de la racionalización y busca comprender el papel de la política, de la economía y de la religión en la evolución histórica del Derecho, encontrando así un sentido a todo ese proceso histórico y entendiendo el comportamiento fáctico relevante de los individuos con relación a las normas vigentes; el sentido y la relación entre las conductas humanas y el orden jurídico; su validez y eficacia social, etcétera. La racionalización es para Weber un «tipo ideal»¹³⁹, en la medida que sirve como un instrumento conceptual que permite realizar una construcción intelectual unificada con el propósito de estudiar los elementos característicos en una serie de fenómenos sociales, como por ejemplo el proceso de ordenación de la vida social de masas y su relación con el «espíritu del capitalismo»¹⁴⁰, el proceso sistematizador del Derecho, etc. Weber busca comprender el movimiento de racionalización jurídica, observando si constituye un progreso del orden jurídico o más bien un perfeccionamiento de la técnica jurídica, una mera mejora lógica de la norma o una mejora en su capacidad de vincular los sujetos a los órdenes jurídicos. Es importante recordar que el «tipo ideal» solo existe como utopía y no es ni pretende ser un reflejo de la compleja realidad, y mucho menos un modelo de lo que debería ser. Un concepto ideal-típico es un modelo simplificado de lo real, preparado sobre la base de los rasgos que se consideran esenciales para la determinación de la causalidad, de acuerdo con los criterios con los que se quiere explicar un fenómeno.

Max Weber, en su análisis sobre la modernidad, parte de la idea de que la «racionalización» conlleva lo que él denomina «desencantamiento del mundo»¹⁴¹, exactamente por el efecto de despersonalizar las relaciones sociales, de limitar la libertad

¹³⁹ Se trata de una forma de comprensión de los objetos en su individualidad y singularidad. Es un instrumento que analiza ciertos elementos y descarta otros, con el objetivo de conseguir una imagen refinada que permita una explicación adecuada del desarrollo civilizatorio.

¹⁴⁰ Véase Max Weber. *La ética protestante el espíritu del capitalismo*. Trad. Joaquín Abellán. Madrid: Alianza Editorial, 2012. Weber ve el capitalismo como el factor racionalizador más relevante del mundo moderno.

¹⁴¹ El referido proceso se da especialmente a través del progreso de la ciencia y de la técnica que resulta en la descreencia, por parte de los hombres, en los espíritus, en el sentido profético y sagrado.

humana, de cambiar la autonomía en «jaula de hierro»¹⁴² y de mecanizar la vida humana. En esta perspectiva, Weber, al enfrentarse a la cuestión de la racionalización jurídica en el Estado moderno, se da cuenta de la crisis del Estado liberal de Derecho precisamente por estar orientado por una «racionalidad técnica instrumental», que lo ha aislado paulatinamente de los mismos valores sobre los que se elevaba.

En la perspectiva de la «sociología comprensiva»¹⁴³ de Weber, el Derecho es una forma típica de orden legítimo caracterizado por la existencia de un «aparato de coerción», una institución creada con el fin de hacer respetar el orden legítimo y castigar cualquier infracción. Sin embargo, para que no sea solo fuerza, el orden tiene que ser legítimo, esto es, visto como válido. De este modo, Weber diferencia entre el Derecho formal (sistematizado en las normas) como siendo «el conjunto del sistema del Derecho puro cuyas normas obedecen únicamente a la lógica jurídica, sin intervención de consideraciones exteriores al Derecho»¹⁴⁴ y, por otro lado, el Derecho material (más casuístico) que tiene en cuenta «elementos extrajurídicos y se refiere, en el curso de sus juicios, a los valores políticos, éticos, económicos o religiosos»¹⁴⁵.

De aquí resultan, como dice Julien Freund, dos maneras de concebir la justicia: «una se atiene exclusivamente a las reglas del orden jurídico —es justo lo que está establecido y conforme a la letra o a la lógica del sistema— y la otra tiene en cuenta la situación, las intenciones de los individuos y las condiciones generales de su existencia»¹⁴⁶. Una supone la validez, y otra la explícita mediante una búsqueda del refrendo de las que la obedecen. Por eso mismo, el juez tiene dos formas de pronunciarse: limitándose a aplicar estrictamente la disposición legal o intentando comprender lo que parece más equitativo, preocupándose de que su decisión sea efectivamente «justa».

En este sentido añade Julien Freund que:

La racionalidad del Derecho puede ser, pues, formal o material, lo que quiere decir que nunca será perfecta, ya que todos los conflictos jurídicos nacen del antagonismo insuperable entre estas dos clases de Derecho. La

¹⁴² *Wirtschaft und Gesellschaft*. v.e. *Economía y Sociedad*. Esbozo de sociología comprensiva. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1993. La ética protestante y el espíritu del capitalismo.

¹⁴³ Se trata de una ciencia que trata de comprender de forma interpretativa la acción social de los individuos (comprensión del sentido y explicación causal de la acción social).

¹⁴⁴ Julien Freund. *Sociología de Max Weber*. Barcelona: Ediciones Península, 1986, p. 226.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 226.

¹⁴⁶ *Ibidem*, pp. 226-227.

*legalidad y la equidad pueden también servir de criterio a una conducta jurídica significativa y ser ambas arbitrarias e irracionales o bien racionales. Resulta claro que una justicia exclusivamente material significaría en su límite la negación del Derecho. Por otra parte, nunca ha existido y sin duda nunca existirá una justicia puramente formal que pueda librarse de toda consideración ajena al Derecho.*¹⁴⁷

Dentro de esta clasificación los especialistas en Weber distinguen cuatro «tipos ideales» de Derecho: a) Derecho irracional formal y material: basado en puros valores emocionales, en los sentimientos o en la inspiración respecto de los procedimientos (justicia dictada por un déspota o por la inspiración del juez o su voluntad); b) Derecho material irracional y racional formal: tiene en cuenta normas formales escrupulosamente cumplidas pero para decisiones que escapan a la razón, como los juicios fundados en los mandatos de Dios de la edad Media; c) Derecho racional formal con indiferencia material: basado en los conceptos abstractos originados por el pensamiento jurídico sistematizados e idealmente regidos por la lógica. d) Derecho racional desde el punto de vista formal y material: basado en la voluntad política o ideología que se organiza en formas, pero está animado por una interpretación abstracta basada en mandatos de contenido general, tales como «imperativos éticos, reglas utilitarias y de conveniencia, o postulados políticos que rompen tanto con el formalismo de las características externas como con el de la abstracción lógica»¹⁴⁸ y que activan las instancias y las fuentes de la validez.

Por lo tanto, de aquí se extraen dos tipos de tensiones entre racionalidad e irracionalidad y entre formalidad y materialidad. Weber señala, de acuerdo con esto, dos vías de racionalidad del derecho: a) la generalización que puede partir de una racionalización material; y b) la sistematización que parte de una racionalización lógica. Y con relación a la sistematización jurídica señala Weber que «casi siempre escapan a esa labor sistemática las relaciones jurídicas y el casuismo, que suelen derivar más de procesos esencialmente intuitivos que lógicos»¹⁴⁹. Dice María José Fariñas que «el derecho racional-formal busca la sublimación lógica del sistema, mientras que el derecho racional-material busca la justicia y la equidad del caso concreto»¹⁵⁰.

Como conclusión, hay que señalar que la racionalización del Derecho se vincula directamente al cuestionamiento de cuál es la función del Derecho en la sociedad actual.

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ Cf. *Economía y Sociedad*. Madrid: FCE, 1993, p. 511.

¹⁴⁹ María José Fariñas Dulce. *La Sociología del Derecho de Max Weber*. Madrid: Civitas, 1991, p. 255.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 267.

Para eso Weber parte de la distinción entre racionalización formal y material del Derecho, los «*tipos ideales*» del Derecho. Es decir, por un lado, la existencia de las normas jurídicas que responden a la lógica interna del sistema jurídico, cuyo criterio de justicia es estrictamente formal, traducida por la «racionalidad instrumental», que atiende a la coherencia lógica; y por otro, la racionalidad material que confiere importancia a elementos extrajurídicos. En ese contexto se establece una especie de tensión entre legalidad y justicia.

2.3.3 *Racionalización material y la actividad creadora del derecho*

Max Weber identifica tres lógicas de racionalidad que constituirían el pilar de la emancipación y del espíritu de creatividad con el que él solía asociar el futuro de la libertad humana: a) la racionalidad estético-expresiva de las artes y la literatura, que impulsaría la creación de futuros posibles a través de la estética, y que debería ante todo evitar su reduccionismo a un puro formalismo propio de la que él mismo llamaba la estética sin corazón; b) la racionalidad cognitivo-instrumental de la ciencia y tecnología, que también crea futuros posibles al liberar a los individuos de los límites establecidos por la necesidad y la coacción de la naturaleza y forjar la creatividad del conocimiento. Por supuesto, debemos ver esta racionalidad vinculada a la problemática de la técnica, del dominio de la naturaleza y del proceso productivo, por lo que es del todo punto claro que no se puede separar el futuro de la ciencia del futuro de la economía, aunque Weber viera en los capitanes de empresa una realidad indispensable para que esa creatividad científica se tradujera en creatividad económica; y c) la racionalidad moral-práctica de la ética y del imperio de la ley, que permite la creación de futuros posibles «al transformar las nuevas exigencias éticas de libertad, igualdad y fraternidad en imperativos políticos y en exigencia jurídicas».¹⁵¹ Ciertamente, este punto estaba relacionado con la creatividad de la política, con la posibilidad de un carisma democrático y racional, con la evolución de sociedades dotadas de vínculos afectivos pero también dimensiones normativas. En

¹⁵¹ Boaventura de Sousa Santos. *Sociología Jurídica crítica: para un nuevo sentido común del derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 32.

suma, había tres grandes vocaciones de la libertad del futuro: la artística, la científico-económica y la política.

Sin duda, la cuestión de cada uno de estos ámbitos presenta una compleja problemática que no podemos abordar aquí. Baste con decir que cada uno de estos campos de creatividad y de libertad lo son por referencia a uno o varios valores. La belleza, la verdad, la utilidad, la justicia, la responsabilidad y la libertad, constituyen valores que están en la base de estas actuaciones. La «referencia a los valores», indispensable para Weber en todos los casos, es un principio de elección que sirve para establecer cuáles serán los problemas, los aspectos de los fenómenos, es decir, el campo dentro del cual la investigación o la acción se llevará a cabo, ya sea de forma científica con la finalidad de alcanzar las explicaciones causales de los propios fenómenos, ya sea de forma política, mediante una actuación a la vista de todos, ya sea de forma estética, mediante la *poiesis*, la producción de un objeto estético. Esa referencia al valor no implica mínimamente que el hombre de ciencia, en cuanto científico, deba emitir juicios de valor o que el político tenga que atenerse solo a la verdad, o que el artista tenga que asumir la responsabilidad como criterio. Cada esfera tiene su lógica. La ciencia explica, pero no evalúa. El arte crea, pero no se atiene a la moral, la economía produce, pero no es estética, la política actúa, pero no tiene que atenerse ni a la belleza ni a la verdad conocida. Weber distingue claramente entre juicios de hecho y juicios de valor como «*aquello que es*» y «*aquello que debería ser*»¹⁵² y defiende que la racionalidad con arreglo a valores es siempre irracional en la medida en que «el valor que le mueve se eleve a la significación de absoluto»¹⁵³. Para entender esto, es preciso recordar que Weber está en la línea de pensadores que han aspirado a mantener una relación autoconsciente con lo absoluto y que por lo general han aspirado a “descargarnos” de lo absoluto. La atencencia a un valor no es irracional a su vez en el sentido absoluto de arbitrariedad o de invención o capricho. El valor siempre tiene en su base un bien humano, apreciable por cualquiera en un sentido u otro. El valor es específicamente irracional en la medida en que se eleve a absoluto, en la medida en que niegue a reconocer otros bienes y valores. En este punto interesa hacer notar que Weber, de la misma forma que Kelsen, defiende la idea de que para tener éxito en la construcción de una teoría universalmente válida, el científico debe tener una actitud

¹⁵² Giovanni Reale e Dario Antiseri, *Historia da filosofia*. São Paulo: Paulus, 2003, p. 75.

¹⁵³ Cf. *Economía y Sociedad*. Madrid: FCE, 1993, p. 21.

ética libre de toda contaminación de los demás juicios de valor, pues estos representan la esfera de lo irracional, ahora respecto de la ciencia. Su guía exclusivo debe ser la verdad.

Con estas aclaraciones, debemos entender que, en la esfera de la política y la responsabilidad, la justicia es un valor fundamental. Lukács reconoce en Weber la importancia de la administración de la justicia institucionalizada para el desarrollo de la economía capitalista y la sociedad democrática. En este sentido, la relevancia de una lógica jurídica calculable y supuesta como válida resulta evidente en un primer sentido.

Max Weber ha observado ya que el desarrollo de una producción capitalista más allá de cierto nivel, es inconcebible sin una administración y una justicia institucionalizadas cuyas decisiones puedan preverse a fin de integrarlas de antemano en la contabilidad de las empresas, es decir, sin una administración y una justicia cuyas decisiones sean regidas por principios generales y formales y abstractos, los cuales no podrían ser puestos en duda en cada caso particular ni siguiera en nombre de consideraciones humanitarias". Y agrega: "Sin duda, la constitución de una justicia formal ha tenido aspectos positivos, pues ha reducido en una amplia medida la arbitrariedad del poder personal: ello no impide que también haya eliminado las consideraciones humanas del funcionamiento del aparato judicial, reemplazándolas por una ley impersonal, abstracta y reificada"¹⁵⁴

Sin embargo, debemos reconocer que Lukács siempre tuvo una visión completamente sesgada de Weber, cuyos malentendidos fueron usados para legitimar su paso al marxismo y para identificar mejor sus posiciones propias. Pues como hemos visto, Weber no *renuncia a esta segunda perspectiva –las consideraciones humanas, y en todo caso políticas y sociales, con su concepto de racionalización material del derecho*. Esto suponía reconocer a la esfera del derecho una capacidad propia y autónoma de intervención en los procesos sociales, que solo podía ser tal en la medida en que conectara con la actividad política. Por supuesto, con ello se ponía en cuestión la famosa determinación en última instancia del derecho, como parte de la ideología, respecto de la estructura económica, tesis que caracterizaba al marxismo ortodoxo. Ciertamente, este mismo marxismo, no podía sentirse completamente seguro de sus propias tesis acerca de la dependencia completa del derecho respecto de la esfera económica. Engels, sin ir más lejos, describe del modo siguiente esa relación entre derecho y economía:

¹⁵⁴ Lucién Goldmann. *Op. cit.*, pp. 78 y 79. *Apud* Georg Lukács. *Historia y conciencia de clase*. Barcelona: Grijalbo, 1975, p. 152.

*Cosa análoga ocurre con el derecho: en cuanto se hace necesaria la división nueva del trabajo que produce juristas profesionales, se abre un nuevo terreno autónomo que, pese a toda su dependencia general respecto de la producción y del tráfico, tiene, de todos modos, una cierta capacidad de reacción sobre esos campos. En un Estado moderno el derecho no solo tiene que corresponder a la situación económica general, no solo tiene que ser expresión, sino, además una expresión coherente en sí misma que no se destruya por sus contradicciones internas. Para conseguir eso se abandona crecientemente la fidelidad del reflejo de la situación económica...*¹⁵⁵

Como vemos, el texto de Engels lucha internamente por reconocer un cierto aspecto propio al derecho, sin tener que abandonar la teoría del reflejo. Por supuesto, no tenemos que volver aquí a las consideraciones de Weber sobre Stammler. Solo debemos recordar que Max Weber, nada más empezar el estudio de la economía y los diversos órdenes, trata del orden jurídico y el orden económico y señala que cuando se habla de «derecho», «orden jurídico» y «preceptos jurídicos» debe tenerse en cuenta la distinción entre la consideración jurídica, que se pregunta lo que *idealmente* vale como derecho, y la consideración *sociológica*, que «se pregunta lo que de hecho ocurre en una comunidad en razón de que existe la probabilidad de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideren *subjetivamente como válido* un determinado orden y orienten por él su conducta práctica»¹⁵⁶. Debemos recordar a este respecto que el orden económico no necesita esta dimensión ideal, que busca entender lo que idealmente vale, sino que en todo caso el orden económico se impone desde su dimensión sociológica, ya que su valor interno es el de una lógica de utilidad marginal. Entrar en el sistema capitalista de consumo supone regirse por esa regla, que no permite un sometimiento a una reflexión normativa pues no va más allá de lo que cada uno entiende por utilidad marginal, una forma de administrar sus recursos y sus deseos. Frente a este orden simplificado, el derecho tiene una dimensión ideal y una sociológica. Recordemos que esta doble dimensión responde con precisión al doble aspecto de la legitimidad: puede hacer referencia a la condición sociológica de las probabilidades de ser obedecido un orden (por afecto, por hábito, por interés o por convicción subjetiva) y a la condición *ideal* por la que ese orden es entendido como válido por razones puramente ideales, coherentes, lógicas y objetivas.

¹⁵⁵ Friedrich Engels. *Carta Konrad Schmith*, 27-X-1890. *Dokumente des Sozialismus*, II, 68. *Apud* Georg Lukács. *Historia y conciencia de clase*. Barcelona: Grijalbo, 1975, p. 146.

¹⁵⁶ *Ibidem*, 251.

Pues bien, la cuestión de la legitimidad, cuya última base ideal es la convergencia de razones capaces de generar una percepción común, se proyecta en Weber sobre la cuestión del derecho, dado que estamos hablando en nuestras sociedades de una legitimidad racional formal, a la que el derecho ofrece su estructura misma. Pues bien, en la administración de la justicia, Weber busca la vía «substancial» que atribuye al juez, sobre todo en los casos en que las leyes «enmudecen», una actividad creadora de derecho, entendiendo que «el precepto jurídico» «es lo secundario, lo obtenido por abstracción partiendo de las decisiones concretas, las cuales representan el producto de la actividad de los juristas y constituyen la verdadera base del derecho vigente».¹⁵⁷ Sin embargo, a través del constante aumento del derecho legislativamente formulado y de las codificaciones sistemáticas, alerta Weber que los juristas académicos se sienten fuertemente amenazados en su significación. Por supuesto, las tensiones que alientan esta doble percepción tienen que ver con las escuelas que sostienen el pensamiento y la práctica del derecho: mucho más racional formal en el caso del derecho universitario procedente de Bolonia, y mucho más racional material en el caso del derecho anglosajón, basado en percepciones comunitarias comunes tenidas por válidas, capaces de generar antecedentes acerca de lo justo.

No obstante, este aspecto de su pensamiento no ha sido desplegado en toda su importancia, aunque quizás debamos reconocer que el carácter inacabado de su obra constituye un obstáculo adicional. Aquí otros autores han visto que se abre ante nosotros una cuestión a perseguir. Por supuesto, en este contexto de construcción de racionalidad material del derecho hay que situar la propuesta del filósofo alemán Jürgen Habermas, que intenta una vía «procedimental» hacia la justicia a través de su «teoría del discurso ético», lo que implicaría la existencia de un diálogo real continuo, denominado «situación ideal de habla», que trae consigo condiciones de libertad e igualdad y genera una «racionalidad comunicativa». Sin embargo, la interpretación dominante hace de esta propuesta de Habermas una variación del racionalismo formal. Al decir de María José Falcón y Tella «se trata de una teoría de la justicia que es formal, que se dirige principalmente a la pregunta ¿qué es justicia?, más que a la pregunta ¿qué es justo? La suya es una teoría procedimental pura, un método que permite a las comunidades trascender su propia cultura y conseguir normas universales de justicia».¹⁵⁸ Y por su parte,

¹⁵⁷ Cf. *Economía y Sociedad*. Madrid: FCE, 1993, p. 653.

¹⁵⁸ *Op. cit.*, p. 314.

según Tom Campbell, la justicia habermasiana «no es un valor entre otros», sino «un predicado sobre la validez de los enunciados normativos universales que expresa normas morales generales» y, en el sentido kantiano, una norma válida de justicia «debe sobrevivir a la prueba de la universalización que examina qué es igualmente bueno para todos».¹⁵⁹

No estoy del todo conforme con esta visión de las cosas. Cuando dejamos en perspectiva la inacabada propuesta weberiana de una racionalización material, quizá la posibilidad de autotranscendencia de la propia cultura que busca la ética comunicativa no sea meramente formal. Lo específico de su aspiración es que busca efectivamente una teoría universal de justicia que, por mucho contenido que incorpore, no se dota de mediaciones institucionales para su aplicación y por tanto no está en condiciones de definir lo justo. Por supuesto, este es el problema de toda racionalización en términos de justicia. El activismo judicial, como veremos, no está interesado en esta cuestión, sino mucho más en el problema de lo justo a la luz de las normas suprema del derecho. La racionalización material del derecho de índole weberiana se ocupa de otro tema convergente: que la legalidad positiva tenga como criterio la racionalidad material en el sentido de atender de forma continuamente novedosa los intereses materiales de la sociedad de masas. Ciertamente, esta racionalidad material apoya el activismo judicial, pero no lo elimina. Al contrario, lo hace tanto más necesario.

Un derecho es tanto más racional cuanto más sistemático formalmente y cuanto más atiende a los intereses materiales de la población. El activismo judicial, como veremos, es tanto más claro y normativo cuanto más suceden ambas cosas a la vez, porque más se siente interpelado entonces por la cuestión de lo justo y no solo por lo legal. Por lo tanto, el activismo judicial, como veremos, no es un medio ortopédico a la limitada racionalidad del derecho, sino en todo caso su complemento, tanto más necesario cuanto más racional es el derecho. Cuando Ronald Dworkin¹⁶⁰ asume en su análisis de los derechos que la justicia se presta a verificar y garantizar que las personas sean tratadas de acuerdo con los derechos que poseen, está dando las bases para esa necesidad de que el derecho responda a aspiraciones materiales. Para atenderlas demuestra la necesidad de acudir no solamente a las normas, sino a las directrices y los principios de «justicia

¹⁵⁹ *Op. cit.*, p. 233. *Apud* Jürgen Habermas. *Between Facts and Norms*, Cambridge: Polity Press. V.e. Facticidad y validez. *Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

¹⁶⁰ Véase *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1979, v.e. *Los Derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2012.

material» preestablecidos. Para él, no hay nada de «extrajurídico» en la decisión del juez basada en la equidad, sino más bien la aplicación de principios, más genéricos y universales, que traen a consideración la noción misma de justicia a un caso dado. En este sentido, podríamos decir que el activismo judicial sería la expresión de considerar en serio el poder judicial como un poder emanado del pueblo y será tanto más activo cuanto más haya racionalizado materialmente el derecho ese pueblo. Lejos de considerar la palabra activismo aquí asociada a voluntarismo y excepcionalidad, esta tesis quiere proponer su normalidad dentro del escenario de la división de poderes del Estado democrático. En realidad, se debería decir mejor “acción judicial”, si no se tuviera que luchar contra el papel minimalista del juez como mero aplicador de derecho. Es activismo respecto de este minimalismo. La racionalidad material del derecho, incluida en el acto mismo del legislador político, se proyecta sobre la acción judicial, que ahora no puede evaluarse al margen de esta dimensión. Lo mismo que lleva al legislador de la sociedad de masas, en el sentido de Weber, a realizar una racionalización material del derecho, debería llevar al juez al activismo judicial.

En el pensamiento weberiano, frente a muchos juristas, es evidente un estrecho vínculo entre el derecho y el sistema político. Después de la crisis del liberalismo y con el surgimiento de la democracia social, la participación del Estado en la sociedad se intensifica y, con ella, la actividad del operador del derecho, especialmente la del juez, el político plebiscitario, pasa a ser vista como algo más complejo, una actividad capaz de garantizar la efectividad de la tutela de los derechos y la materialidad de un proceso justo que tiene como fin la paz social.

De igual forma, se encuentran mutua e íntimamente relacionados el orden jurídico y el orden económico y, en esta relación, el orden jurídico, afirma Weber, «no significa un cosmos lógico de normas “correctamente” inferidas, sino un complejo de *motivaciones efectivas del actuar humano real*»¹⁶¹. Este complejo conjunto de motivaciones es el que se dinamiza en la democracia de masas. Sin atender a estas motivaciones concretas del actuar humano real, el político no puede ser reconocido y, por eso, no puede llegar a convertirse en el líder carismático antiautoritario adecuado. Su presencia, sitúa al juez ante los mismos compromisos. También el juez puede ser un aspirante a disponer de ese carisma racional antiautoritario, en la medida en que perciba las percepciones comunitarias sobre lo justo en cada caso concreto. Sin embargo, la ausencia de esa política

¹⁶¹ Cf. Economía y Sociedad. Madrid: FCE, 1993, p. 252.

capaz de alcanzar la racionalización material sitúa al juez en la primera línea de fuego de esta.

En realidad, lejos de la lógica prevista por Weber, estamos en esta situación, consecuencia del abandono de un sentido republicano adecuado de la política, que en esta tesis no podemos abordar. Así, al decir de Boaventura de Sousa Santos «la doble falta de los elementos de democracia y bienestar del Estado, que se han achacado al poder legislativo y al ejecutivo, ha inducido un desplazamiento del núcleo de legitimidad en el Estado del poder legislativo y del ejecutivo hacia el poder judicial»¹⁶² y todavía no sabemos el alcance de ese desplazamiento y su capacidad para impedir una crisis de legitimidad del Estado, que al fin de cuentas era el problema que Weber deseaba atacar. Una cosa es cierta. En este contexto, el sistema judicial pasa a ser visto como un instrumento garantizador del bienestar social, y con ello la necesidad de comprender el papel «instrumental del proceso judicial»¹⁶³, ahora visto como una realidad social legitimada por tres órdenes: sociales, jurídicos y políticos.

Así que finalmente queda claro que el poder judicial no puede permanecer indiferente a la transformación y a los problemas sociales que ha traído la sociedad de masas, cuya primera irrupción en el tiempo de la República de Weimar es arquetípico, sobre todo si consideramos la creciente visibilidad social y el protagonismo judicial en razón del «activismo de los Tribunales Constitucionales» y de otros fenómenos todavía más perturbadores de lo que podría ser una práctica judicial normativamente orientada. Es decir, cada vez queda más claro que el Estado de Derecho y el sistema judicial constituyen componentes fundamentales para el sostenimiento de la legitimidad de la democracia representativa.

Este es el sentido de nuestra tesis. No estamos interesados en meras relaciones conceptuales, ni en un tratamiento especializado del poder judicial, sino en encuadrar la evolución de la práctica judicial dentro de la evolución del estado de derecho en sociedad de masas tal y como resulta construido desde un pensamiento político republicano. Pues las entidades teóricas no son meramente conceptuales y los significados de las ideas están precisamente en sus consecuencias para el mundo de los hechos y los procesos sociales y, no en su definición, su forma o su relación con otras meras ideas.¹⁶⁴

¹⁶² *Op. cit.*, p. 484.

¹⁶³ Véase Antônio Carlos de Araújo, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

¹⁶⁴ Posner, Richard. *Problemas da filosofia do direito*. Traducción Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, p. 27.

Por eso mismo nos interesa aclarar con energía que aquí no se ha pretendido eludir toda vinculación del juez con la racionalidad jurídico-formal, que tiene su importancia en el «cálculo de las probabilidades», por ejemplo; sino solo subrayar el pensamiento de Weber en el sentido de que «el racionalismo jurídico significa algunas veces un “empobrecimiento” o disminución de la riqueza de las formas, aun cuando en la actualidad suele fácilmente exagerarse este fenómeno»¹⁶⁵. En esta línea de entendimiento, afirma Weber:

*Ello obedece, desde un punto de vista general, a que tanto el “racionalismo” de los jerarcas, como el de los príncipes patrimoniales, tienen un carácter material. A lo que se tiende no es a la vinculación jurídico-formal más preciosa y favorable para el cálculo de las probabilidades, o a la sistemática racional del derecho y el procedimiento, sino a lo que mejor satisface, desde el punto de vista del contenido, las exigencias prácticas, utilitarias y éticas, de esas autoridades. La distinción entre “ética” y “derecho” no existe en la intención de esos factores de la formación del derecho, que permanecen, como ya vimos, totalmente alejados de todo tratamiento autónomo y “jurídico-profesional” del derecho.*¹⁶⁶

Como vemos aquí, la aguda percepción histórica de los procesos sociales, y sobre todo la extraordinaria penetración de la fuerte vinculación del Estado con los procesos de construcción de los principios patrimoniales, lleva a Weber a afirmar que nunca se produjo derecho desde consideraciones profesionales, desde un tratamiento autónomo formal, sino que siempre estuvieron vinculadas las dimensiones formales y de contenido y desde luego las dimensiones jurídicas con las éticas. Esto significa que allí donde el Estado subsista estas cosas no pueden ser separadas, pues de ellas depende la percepción de legitimidad que las poblaciones presten a sus instituciones. Weber está interesado en el tema de la influencia que ejercen las formas políticas de dominación sobre las cualidades formales y materiales del derecho. En la «dominación burocrática racional» el proceso de control social de comportamiento es «caracterizado porque se ejercita mediante pautas normativas generales que habilitan la predicción de las circunstancias en que se va a inutilizar la coacción que define el dominio o en las que se van a producir los cambios normativos. Lo que vendría a posibilitar que el entorno social se torne previsible

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 550.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 604.

y se reduzca la incertidumbre».¹⁶⁷ En las dimensiones de dominación legítima, sin embargo, tal y como se configuraron los Estados a partir de los principados patrimoniales, pero, no se puede separar la construcción del derecho de los aspectos de contenido. Este aspecto sigue concerniendo a los actores políticos democráticos que heredaron la estructura de dominación legítima. La separación de estas dos dimensiones, que se lleva a cabo con Kelsen, permite asegurar, valiéndonos de los comentarios de María José Fariñas, que cuanto más racional y formal es el sistema jurídico, es decir, «cuanto más técnico, especializado y abstracto es, más se produce un mayor alejamiento y desconocimiento de aquél por parte de los individuos, que son, en definitiva, los usuarios del sistema»¹⁶⁸.

Por supuesto, que no se trata de volver al desequilibrio radical entre los procesos de racionalización, y primar lo material sobre las formas. No defendemos el juez carismático, como agente representante del poder estatal responsable del ejercicio de la función jurisdiccional y representante de los valores trascendentales de la comunidad, considerado un individuo capaz de producir justicia y, por lo tanto, está imbuido «en una actividad verdaderamente «creadora», es decir, portadora de nuevo derecho, [esquema en el que] solo se han colocado los juristas de tipo profético».¹⁶⁹ Quizá por eso, como afirma Julien Freund:

El carácter carismático e irracional del Derecho persiste, si bien en forma atenuada, en los países anglosajones. Por ejemplo, en sus Comentarios on the law of England (1765), Blackstone habla del juez inglés como un «oráculo vivo». Lo mismo cabe decir del juez americano, cuyo juicio es una verdadera creación, a tal extremo que se liga su nombre a la decisión que toma. De una manera general, la persistencia del jurado es una supervivencia de la irracionalidad del Derecho.¹⁷⁰

Aquí hemos de dar por supuesta siempre la racionalización formal, y no avanzar en el punto de vista material sin ella. Hemos de recordar que en Weber, la dominación carismática antiautoritaria y parlamentaria, cuya legitimidad depende de la «creencia efectiva» y de la «voluntad de los dominados», la apelación al carisma del líder político

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 195.

¹⁶⁸ Fariñas, *Op. cit.*, p. 273.

¹⁶⁹ *Cf. Economía y Sociedad*. Madrid: FCE, 1993, p. 659.

¹⁷⁰ *Op. cit.*, p. 231.

es necesaria, pero solo en el contexto de la división de poderes. Lo mismo consideramos respecto de la acción judicial. En todos los ámbitos el carisma antiautoritario es específicamente una forma de racionalidad material, pero no es posible sin una específicamente formal. De la misma manera, la autoridad natural del carisma en las sociedades de democracia de masas debe asociarse a la eficacia técnica de la burocracia racional para así preservar la «sociedad abierta».

Hay muchos detalles que nos permiten afirmar esto. Por ejemplo, y como indicamos antes, Weber afirma que el hecho de que, en la práctica, en algunos países como Estados Unidos y Gran Bretaña los precedentes tengan una importancia altamente diferenciada, nos demuestra que se ha conservado todavía el genuino carácter carismático de la administración de justicia. El carisma antiautoritario genuino sería un intento de «reencantamiento» del Estado democrático de derecho, cuyo reconocimiento por la comunidad de creyentes crearía un deber de cumplir «lo que en verdad se ha dicho» o se ha prometido en las Cartas constitucionales y normativas fundamentales.

No hay que olvidar que para Max Weber «el carisma es la gran fuerza revolucionaria en las épocas vinculadas a la tradición. A diferencia de la fuerza igualmente revolucionaria de la *ratio* que, o bien opera desde fuera por transformación de los problemas y circunstancias de la vida –y, por tanto, de modo mediato, cambiando la actitud ante ellos– o bien por intelectualización, el carisma puede ser una renovación desde dentro, que nacida de la indignación o del entusiasmo, significa una variación de la dirección de la conciencia y de la acción, con reorientación completa de todas las actitudes frente a las formas de vida anteriores o frente al “mundo” en general»¹⁷¹, cuya legitimidad reposa en la concepción del ser o deber de aquellos llamados a la misión carismática que reconocieren su cualidad y actuaren de acuerdo con eso. En este sentido, el carisma, frente a lo que se supone, no puede brotar sino desde las latencias que encierra la propia tradición y, en este sentido, podemos decir que el carisma respecto del Estado debe surgir de los propios estratos en los que se ha forjado históricamente el Estado, mediante eso que Weber llama una renovación desde dentro. Eso solo puede significar la renovación de esos vínculos ético-jurídicos que están depositados en su seno y de los que el Estado no puede prescindir.

¹⁷¹ Cf. *Economía y Sociedad*. Madrid: FCE, 1993, pp. 196-197. Lo siempre nuevo, lo extracotidiano y lo nunca visto constituyen fuentes de la devoción personal.

Debemos identificar el sentido de la racionalización material como complementario de la formal, no como su destrucción ni como su desarrollo. En efecto, el progreso de la «burocratización»¹⁷² y de la formulación de normas jurídicas de tipo formal implica una posición del juez meramente de intérprete y aplicador de las normas, sin darse cuenta de la realidad de creación efectiva que debe generar su actividad. En lo que toca a la administración de justicia, tal estructura crea la base para la organización de un «derecho sistematizado y racional fundado en leyes», una administración de justicia de «tipo burocrático», cuya creencia máxima está en la «santidad del formalismo jurídico» sin más y en que los miembros de la judicatura son dependientes de los poderes políticos dominantes.

Obviamente, la racionalización material va más allá de esto. Sin embargo, tampoco es una reconstrucción del juez carismático entregado a cuestiones materiales, al margen de toda forma. En este sentido, afirma Weber que:

A la justicia “racional” a base de nociones jurídicas rigurosamente formales se opone una especie de justicia que ante todo queda vinculada a las tradiciones sagradas, pero que soluciona el caso concreto que no se puede determinar de la anterior manera por medio de una “revelación” concreta (oráculos, sentencias proféticas, juicios de Dios) –justicia “carismática”– o bien –y éstos son los únicos casos que aquí nos interesan–: 1) de un modo no formal y de acuerdo con juicios de valor éticos concretos o de otra índole práctica: la “justicia de Cadi” (como la ha llamado acertadamente R. Schmidt); 2) de un modo formal, pero no mediante la subordinación a nociones racionales, sino empleando la “analogía” y apoyándose en “precedentes judiciales” concretos: “justicia empírica”. La “justicia de Cadi” no comprende considerandos en absoluto; la justicia empírica en su tipo puro no contiene “considerandos” racionales.¹⁷³

Y por supuesto, lo que pretende Weber cuando piensa sobre el desarrollo llevado por «camino antiformal» es que la práctica jurídica responde a cuestiones materiales de justicia que conciernen a las autoridades democráticamente fundadas, y eso en la medida en que la justicia sea algo comprensible más allá de los aspectos específicamente profesionales:

¹⁷² La peculiaridad específica de la burocracia, tan bienvenida al capitalismo, dirá Weber, es que se desarrolla en mayor grado cuanto más se “deshumaniza”.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 732.

Se trata de exigencias de justicia material de ciertas clases e ideologías, así como de la naturaleza todavía actuante de algunas formas políticas de autoridad, especialmente autocráticas y democráticas, lo mismo que de esas concepciones sobre los fines del derecho que resultan adecuadas a tales formas y de la exigencia de los legos tendiente a obtener una administración de justicia que les resulte inteligible.¹⁷⁴

Con ello, Weber ha reconocido una vinculación fuerte entre democracia, autoridad y justicia material, concepciones de fines (no de medios) y la exigencia fundamental de que el sistema jurídico no sea un dispositivo incomprensible para legos, sino una administración comprensible. Esa comprensión es la que posibilita una justicia material que permite la emergencia de una experiencia común de lo justo. Que este hecho está íntimamente relacionado con la vida económica de nuestras sociedades resulta completamente claro. Que el destino de esa influencia es limitar las formas más lacerantes de desigualdad, también. Recordemos este texto:

“De hecho, la igualdad formal garantizada por la justicia legal, basada en principios formales, tiene que producir siempre, en virtud de la desigualdad con que se halla dividido el poder económico legalizado por ella, la consecuencia de que los postulados materiales de la ética religiosa o también la razón política aparecen vulnerados. Pero esto repugna a todos los poderes autoritarios, a la teocracia y al patriarcalismo, [...] a la democracia, porque reduce la dependencia de la práctica jurídica de las decisiones de los conciudadanos y puede acrecentar especialmente las probabilidades de una progresiva diferenciación de la situación económica y social de poder con esa conformación del proceso como un conflicto pacífico de intereses. En todos estos casos, vulnera ciertos ideales materiales de justicia por su inevitable carácter abstracto.”¹⁷⁵

Como vemos aquí, la autoridad democrática tiene que mediar entre los formalismos del derecho y las exigencias materiales de justicia. Nuestra tesis es que el activismo judicial debe interiorizar esta perspectiva también en su práctica. Pues, como dice Weber en otro pasaje, «pues cuando lo racional material quiere valer, tiene que ceder lo considerado como derecho solo fácticamente»¹⁷⁶.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 660.

¹⁷⁵ *Economía y Sociedad*, 606.

¹⁷⁶ *Economía y Sociedad*, 636.

CAPÍTULO 3 UNA NUEVA PERSPECTIVA DE LA DIVISIÓN DE PODERES: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LA SUPERACIÓN DEL FORMALISMO CONSTITUCIONAL

3.1 LA DIVISIÓN DE PODERES

Vamos a aproximarnos a los elementos histórico-conceptuales básicos que rigen la separación de poderes en el largo plazo de las sociedades políticas occidentales anunciando algunos desarrollos innovadores que permiten justificar filosóficamente la relevancia de nuestro objeto de estudio.

¿Es el principio de la división de poderes un elemento central de la arquitectura de un Estado, un principio organizacional estructural, *ratio essendi* de la Constitución? La historia nos muestra que sí. Veamos ese breve estudio sobre el origen de la estrategia de separar los poderes y su función. Las raíces y los elementos fundamentales para el desarrollo de la doctrina de la separación de poderes están en el mundo antiguo, período en que fueron formulados «los conceptos de funciones del Estado y las teorías del equilibrio de poderes y el estado mixto»¹⁷⁷.

La génesis de la teoría de la separación de poderes se remonta a la Antigüedad Clásica. En su obra *Política*¹⁷⁸, Aristóteles, que ya concebía la idea de constitución mixta, defendía la indispensabilidad de la división tanto de las funciones – deliberativa, ejecutiva y jurisdiccional - como del ejercicio del poder político. De igual forma, no debemos olvidar el papel del importante documento histórico -La *Magna Carta Libertatum*, de 1215- en la que se consagra el principio de *rule of law*, forma primaria del Estado de Derecho que posee como elemento esencial la división de poderes, y presenta conceptos fundamentales de la necesidad de poder controlar el poder, limitando el poder del rey de la época y también conceptos de defensa de los derechos individuales frente al Estado. *El Príncipe* de Nicolás Maquiavelo (1469-1527) también presenta un modelo de Estado con

¹⁷⁷ M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 3.

¹⁷⁸ Aristóteles. *Política*. Edición bilingüe y traducción de Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

división de poderes con el rey e independencia funcional del Poder Judicial. De igual forma, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano - DDHC* ¹⁷⁹ (1789) reza en su artículo 16 que una sociedad en que no esté prevista la división de poderes ni el reconocimiento de los derechos fundamentales carece de Constitución. En suma, la división de poderes forma parte del imaginario constitucional que ha transitado desde el republicanismo antiguo al republicanismo moderno.

Tal vez el mejor punto de partida para efectuar una reflexión sobre el conjunto de conceptos que estamos discutiendo en esta tesis -papel del poder judicial en la sociedad actual, la actividad creadora de los jueces, la superación del formalismo constitucional, el activismo judicial- sea la doctrina de la separación de poderes y el constitucionalismo en el Estado Democrático de Derecho.

Partimos del hecho de que el principio de la división de poderes (*trias política*) es un principio tradicional y fundamental de la organización del Estado Constitucional de Derecho que objetiva el equilibrio y la limitación del poder mediante su reparto y el freno entre los distintos órganos, que acaban ejerciendo control entre ellos como forma específica de su cooperación, así como la defensa y garantía de las libertades y de los derechos fundamentales. Se trata, por lo tanto, más bien de separación de las funciones estatales, una vez que el poder político es uno e indivisible. Para ejercer ese poder, las Constituciones reconocen una pluralidad de órganos y distribuye sus funciones.

Con respecto a esa incertidumbre en los términos, Rafael Agapito afirma que no se trata solo de una cuestión terminológica, sino también substancial, una vez que los principios que están integrados en la división de poderes -principio de la legalidad, principio de equilibrio y principio de cooperación- albergan alguna contradicción entre sí. Llevados ambos al extremo, pueden volverse en sus contrarios, es decir, la «garantía jurídica del principio de la legalidad» «conduciría a una primacía política del órgano legislativo» una vez proyectada la separación estricta de los poderes y la concentración de poderes en las manos del legislativo; y la «garantía política de la división de poderes» podría transformarse en «un marco jurídico-formal que confíe el juego político al mero resultado fáctico de la actividad de las fuerzas sociales en concurrencia», pues el principio del equilibrio, al establecer el freno recíproco entre los poderes, podría limitar el desarrollo legislativo de la Constitución. Y por eso, el autor se plantea respecto a la

¹⁷⁹[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil%20constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf)

relación entre derecho y política, y derecho y poder, como debemos entender la división de poderes, si bajo la forma de un «principio político» o como una «garantía jurídica»¹⁸⁰.

Canotilho nos enseña que el principio de la separación e interdependencia de los poderes es un «principio estructural-conformador de dominio político» y lo presenta en diferentes niveles: a) plano funcional, donde se identifican las funciones político-constitucionales básicas como legalización, jurisdicción y ejecución; b) plano institucional, la separación de poderes incide especialmente sobre los órganos constitucionales, como el Parlamento, Gobierno y tribunales; c) plano sociocultural, donde interesa articular los poderes del Estado con las estructuras sociales (grupos, clases, partidos)¹⁸¹. Estos niveles nos ayudan a analizar la evolución del principio de la separación de poderes como función, y su relación con las instituciones y estructuras sociales.

Si entendemos el poder como siendo imprescindible para regular las conductas de los individuos en sus relaciones entre sí y con la colectividad, no es posible hablar de sociedad sin poder. Sea en la sociedad civil, sea en la sociedad política el poder está allí como poder social en la primera y como poder político en la segunda¹⁸².

Es importante destacar que la separación de poderes es una idea que realmente no ha existido nunca en su estado puro, ya que los tres poderes no están aislados sino que necesitan cooperar para dar soporte al estado o sociedad concreta a la que apoyan, y por tanto la función de cada uno de ellos está condicionada por las características de su realidad institucional, que puede estar constituida por muchos elementos diferentes en cada país, como por ejemplo: el tipo de cooperación entre la mayoría parlamentaria y el gobierno; el poder del parlamento frente al de reyes o presidentes; la existencia de una constitución escrita o no, e incluso su nivel de detalle; la existencia, papel y efectividad de un Tribunal Constitucional y sus formas específicas; el sometimiento de los jueces a la letra de la ley, sin poder interpretarla o reescribirla; la relación con los acuerdos y leyes internacionales y sus formas diversas de vinculación y prioridad; las agencias reguladoras; la existencia de varios niveles de poder ejecutivo, con sus propias

¹⁸⁰ Rafael de Agapito Serrano. *Libertad y división de poderes*. El «contenido esencial» del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu. Madrid: Tecnos, 1989, p. 120.

¹⁸¹ J.J. Gomez Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 556.

¹⁸² Dirley da Cunha Júnior. *O Dogma da Separação das funções estatais no Estado Democrático de Direito: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes*. Artículo disponible en el site www.brasiljuridico.com.br. Acceso el 26/03/2017.

regulaciones (como la Unión Europea, federaciones, estados o autonomías y leyes municipales); los grupos de presión ante la administración pública o lobbies; los mecanismos para el nombramiento de los miembros de los tribunales superiores; el poder de la burocracia y de los sindicatos, etc.

Así, considerando el ámbito nuclear funcional de cada poder, tenemos que el Legislativo es el responsable por la elaboración de las normas, reglas generales y abstractas; el Ejecutivo por la ejecución de esas normas en la gestión de los negocios públicos y las decisiones sobre ordenamientos concretos y circunstanciales, y el Judicial por la resolución de los conflictos de interés, por la aplicación de la ley y la protección del ordenamiento jurídico.

Con ello, el control judicial monitoriza la legalidad, habilita y programa la actividad administrativa, una vez que las Constituciones reconocen al Tribunal Constitucional como el responsable de controlar las normas y su aplicación, poseyendo, así, el poder judicial una «posición central en el sistema estatal de toma de decisiones»¹⁸³ La doctrina de la separación de poderes se expresa, por lo tanto, conjuntamente como garantía del principio de la legalidad (su vertiente jurídica) y como principio de equilibrio entre los poderes (su vertiente política).

De esta manera, tenemos que el poder constituyente, con la característica de unidad, y el poder constituido con la pluralidad y la división de poderes, serviría para equilibrar el poder político, una vez que hay responsabilidad y control de las decisiones de cada órgano, pero también para asegurar una máxima corrección de las decisiones estatales¹⁸⁴ y una adecuada distinción entre los poderes del Estado y la soberanía estatal. Ahora bien, el principio de la división de poderes en su forma tradicional y clásica está siendo reformulado, revisado, en función de una nueva realidad constitucional y social.

En efecto, los cambios ocurridos en la realidad sociopolítica y las exigencias de la complejidad actual de las sociedades, no permiten imaginar que esa división de funciones sea perfectamente limitada en cada órgano y no haya posibilidad de que una misma función pueda ser desarrollada, en los límites de la ley, por otro órgano. Un ejemplo de eso y, que nos interesa especialmente en este presente trabajo, sería el ejercicio de la función primaria de creación de Derecho.

¹⁸³ Manuel Gámez Mejías. *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 177.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 36.

En este sentido, Manuel G. Mejías apunta que, si se entiende que la función primaria de creación de Derecho es una función exclusiva del Parlamento, entonces el hecho de que el Poder Judicial intente cubrir el déficit dejado por el Parlamento y, efectivamente, innove en el mundo jurídico creando Derecho, sería considerado violación al principio de la división de poderes y, más que eso, generaría inseguridad jurídica. Sin embargo, si, por otro lado, se entiende que es legítimo que distintos órganos, una vez que son reconocidos constitucionalmente, puedan tener salvaguardada «la capacidad de adaptación del Derecho a la realidad (garantía de justicia) o la necesidad de encontrar en cada momento la decisión más efectiva y adecuada para los problemas reales»¹⁸⁵ entonces tendríamos una adecuación a los nuevos tiempos.

Con ello, estaría justificada la «descentralización en sentido horizontal y en sentido vertical» en la distribución de las funciones y la participación de varios órganos en la creación de Derecho. Incluso se podrían considerar los avances para garantizarlas como elemento de efectividad de la actividad estatal y del reconocimiento de que el Parlamento tiene sus límites en la creación de Derecho y que ese déficit necesita ser suplido por otros órganos previstos en la Constitución. Por consiguiente, es necesario comprender, en las palabras del mencionado autor, la «articulación constitucional concreta, desde la base de que es inevitable e imprescindible una descentralización del ejercicio de las funciones objetivas en la realidad social múltiple de la actualidad»¹⁸⁶.

Como es obvio, cada órgano sigue teniendo una función típica, pero ya no es única y tampoco es exclusiva. En ese sentido, lo que realmente cambia de la perspectiva tradicional y clásica es el tema de la exclusividad. Al aplicar el Derecho consecuentemente, en algún momento, habrá creación de Derecho y no hay motivo ni posibilidad de separar de forma absoluta esas funciones.

Queda claro, por lo tanto, que la complejidad de la actualidad y de la creación del propio Derecho no deben ser entendidos desde la lógica de la separación radical y de la soberanía parlamentaria, sino más bien desde las concepciones de la complementación, del mantenimiento de la capacidad de respuesta del derecho a la tutela judicial efectiva y de la capacidad creativa de varios órganos, que pasan a ejercer de forma paralela y material esta función. Con el parlamentarismo, por ejemplo, el Gobierno es un autentico

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.183.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p.184.

legislador juntamente con el Parlamento¹⁸⁷. ¿Y cuál es el límite de la creatividad judicial? No puede ser otro, excepto aquel establecido en el propio orden constitucional, y en los principios y los tratados firmados por el Estado.

La evolución de las sociedades ha marcado el aumento de la actividad judicial y, con ello, nuevas líneas de reflexión del papel del Poder Judicial, de la función jurisdiccional y de la propia actuación de los jueces. Ello ha significado una reconfiguración de los «procedimientos tradicionales para la toma de decisiones» abriendo espacio para la creatividad en la aplicación e innovación del Derecho y, para que el deber ser efectivamente sea. Y como bien ha dicho Villacañas «en las instituciones siempre hay depositada alguna pretensión de deber ser», siendo necesario para su progreso la ilustración jurídica y la «confrontación racional permanente»¹⁸⁸. Hay quien defiende, incluso, la perspectiva doble del principio de la división de poderes: la formal, consistente en la división de estructuras, funciones y órganos, y la material, donde cada órgano es reconocido como un «componente social»¹⁸⁹, y referido al exceso de poder que implica la idea de soberanía, que nunca es completamente agotada por un poder concreto, diferenciado.

Ahora bien, exactamente por ser los agentes de los poderes también y a la vez componentes sociales verdaderos, y porque les fueron atribuidas tareas y funciones por el soberano, el desarrollo de esta función debe ser sometida a control y debe haber responsabilidad por su actuación. Ese control sería, efectivamente, una especie de «contrapeso» imprescindible para que la distribución de las funciones se ejerza entre los distintos órganos¹⁹⁰. Y aquí defenderemos la idea de que ese control no tiene por qué ser el de los poderes constituidos en su recíproco juego, sino el de la presión de la opinión pública en contacto con el soberano popular.

Para lo que nos interesa analizar en este estudio, esta tesis supone que, en muchos casos, un juez que no es elegido democráticamente podrá invalidar un acto de un poder elegido democráticamente. Por ejemplo, en el conflicto entre los Estados y la UE. Si eso

¹⁸⁷ Ver Dieter Grimm. «Aktuelle Tendenzen in der Aufteilung gesetzgeberischer Funktionen zwischen parlament und Regierung». *Zeitschrift für Parlamentsfragen*. Vol. 1. N. 4, pp. 448-466.

¹⁸⁸ José Luis Villacañas Berlanga. *Res Publica. Los fundamentos normativos de la política*. Madrid: Akal, 1999, p. 71.

¹⁸⁹ Gámez, Op. cit., p. 296. Apud Freiherr von der Heydte Gewaltenteilung, en *Görres Gesellschaft, Staatslexikon, Recht, Wirtschaft, Gesellschaft*, 7ª. Edición, Herder Verlag, Freiburg am Bresigau, 1985, pp. 897-898.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 330.

es así, surgen problemas para la autopercepción de nuestras sociedades como democráticas. Para algunos, esa revisión judicial sería inherentemente antidemocrática y pondría en riesgo el propio papel del poder judicial¹⁹¹. ¿Podemos contentarnos con una interpretación tan reducida? Resulta evidente que no. Por eso debemos estudiar con detenimiento este tema.

Al defender su tesis de que el derecho plantea una pretensión de corrección, Robert Alexy afirma que, adoptándola, «al dictar un fallo o sentencia judicial no solo se afirma que se ha seguido el derecho promulgado y eficaz, sino también que tanto este derecho como su interpretación son moralmente correctos»¹⁹². Según la tesis de la doble naturaleza del derecho de este autor, «el derecho tiene necesariamente tanto una dimensión fáctica o real como una dimensión ideal o crítica. La necesidad de esta vinculación deriva de dos principios contrapuestos: el de seguridad jurídica y el de justicia. Como la pretensión de corrección incluye los dos principios, ambos están necesariamente conectados al derecho. El principio de seguridad jurídica reclama sujetarse a aquello que ha sido establecido conforme el ordenamiento y es eficaz socialmente; el de justicia exige la corrección moral de la decisión»¹⁹³. Hay que combinar ambos principios en la proporción correcta. Por lo tanto, no cualquier contenido puede ser derecho, como defendía Kelsen. La cuestión central de la propuesta de Alexy reside en la relación que tiene la corrección moral con el principio de soberanía popular y si podemos centrar el problema de la necesidad de ajustar las dos percepciones para alejarnos de la idea de un autoritarismo moral de parte de los jueces. En este sentido, la cuestión trata de la relación entre la corrección moral y la política.

Aquí vamos a tratar de racionalizar y estabilizar el poder estatal, implicando también una forma de control recíproco entre los órganos del Estado y un límite de la actividad de cada órgano, una vez que a cada poder reconocido en la Constitución se le reconoce un ámbito nuclear o esencial¹⁹⁴. Por lo tanto, queda claro que hay que repensar el real significado de «separación» y, que es necesario hacerlo para que esa división pueda acompañar la justicia y política modernas.

¹⁹¹ Véase Andrew Nolan. “The Doctrine of Constitutional Avoidance: A Legal Overview”. En *Constitutional Inquiries. The doctrine of Constitutional Avoidance and the Political Question Doctrine*. Editor Kelly R. Doyle. New York: Nova Science Publishers, Inc., 2015, pp. 1-2.

¹⁹² Robert Alexy. *La doble naturaleza del derecho*, Madrid: Trotta, 2016, p. 30.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 36.

¹⁹⁴ Manuel Gámez Mejías. *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 30.

Joaquín Gomes Canotilho relaciona el «envejecimiento» del principio de la separación de poderes y de los órganos de soberanía con el hecho de la falta de un reparto horizontal de competencias, el desconocer el «fenómeno partidario» y el dualismo moderno «mayoría-oposición». Lo que es acertado, pero que debemos ampliar a la cuestión de las mayorías y el derecho de las minorías. Aduce el autor que los problemas antes eran de naturaleza institucional, sobre órganos, poderes, competencia y sus relaciones, pero que, actualmente, no se trata más del dualismo gobierno-parlamento, sino de la relación de mayoría-oposición, que establece una «nueva frontera» en términos de «facciones de gobierno» y «facciones de oposición», lo que es acertado, pero que debemos igualmente ampliar a la cuestión, cercana pero diferente, de las mayorías y el derecho de las minorías. De esta forma, la oposición, afirma Canotilho, adquiere un estatus jurídico-constitucional de gran significado para los problemas de la separación de funciones y, sobre todo para el problema de control y equilibrio de poderes. Además, este enfrentamiento gobierno-oposición se desdobra en una «diferenciación tendencial entre decisión política, a cargo del gobierno y facciones parlamentarias de soporte, y responsabilidad y control políticos, fundamentalmente dinamizados por la oposición»¹⁹⁵.

De acuerdo con G. Jellinek, «las leyes pueden mucho menos de lo que se creía todavía hace un siglo, que expresan siempre, únicamente, un deber ser cuya transformación en ser nunca se consigue plenamente porque la vida real produce siempre hechos que no corresponden a la imagen racional que dibuja el legislador»¹⁹⁶. Es decir, hay muchos acontecimientos futuros imprevisibles y la experiencia histórica demuestra que siempre habrá lagunas en el ordenamiento jurídico que, en el curso del proceso vivo de la historia pueden llevar a verdaderas mutaciones materiales de la Constitución, cuyo control no puede ser entregado a la clásica teoría de la división de poderes, sino que requiere ajustes de otra índole más profunda. Por eso, los tribunales han de desempeñar un papel esencial en la evolución del proceso de producción normativa. Esa postura activa de juez, como creador de derecho, es capaz de impulsar las normas hacia una nueva dirección constitucional, sin lugar a duda, pero más contextualizada, racionalizada materialmente, más justa, y así evitar que a pesar de todas las garantías constitucionales muchos de los derechos reconocidos allí queden en letra muerta.

¹⁹⁵ J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 561-562.

¹⁹⁶ G. Jellinek. *Reforma y mutación de la constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 6.

Para apreciar esta evolución en toda su complejidad, debemos tener clara la doctrina originaria de la separación de poderes y la dividiremos en tres momentos: Locke, que es un precursor de los planteamientos ilustrados; Montesquieu como el gran impulsor del tópico en la modernidad y la sistematización Kantiana de la doctrina de su *Metafísica del Derecho*.

Tras argumentar acerca del largo plazo de la temática de la división de poderes y sus innovaciones más recientes, profundicemos ahora en su sentido histórico.

3.1.1 Origen de la división de poderes en la Ilustración

Nadie como Locke para iniciar un debate acerca de la función de la división de poderes capaz de hacernos entender la relación entre poder, sociedad civil y, más concretamente, para mostrar la necesidad de vincular poder jurídico y sociedad.

La historia del pensamiento político occidental nos muestra que entre todas las teorías del Estado que han buscado establecer una forma de controlar el poder estatal y organizar sus estructuras institucionales, la doctrina de la división de poderes fue la más significativa y la que ha perdurado hasta los días actuales, siendo fundamento esencial de los gobiernos que se dicen constitucionales.

Durante la Ilustración se defiende el Estado Constitucional, la disminución o supresión del poder de la realeza y la aristocracia y la división de las funciones del Estado. Para tratar y comprender mejor el principio de la división de poderes en esta época estudiaremos a varios pensadores por su importante contribución al desarrollo de esta doctrina, que podemos decir que surge primeramente con John Locke (1632-1704) y continua con Montesquieu (1689-1755) para, más adelante, ser sistematizada por Immanuel Kant (1724-1804). El largo paso de las teorías del gobierno mixto a las teorías de la separación de poderes comienza en el siglo XVII, en Inglaterra, con el escenario de la Revolución Gloriosa de 1688 como contexto¹⁹⁷.

En este breve estudio comenzaremos por Locke, que puede considerarse un precursor de la teoría de la separación de poderes, en la medida en que criticará la concentración de poderes que establecía el *Leviathan* Hobbessiano. Advierto que no es

¹⁹⁷ M.J.C. Vile. *Op. cit.*, p. 34.

necesario alargarse aquí en profundidad en toda la teoría lockeana del Estado Civil, sino en los elementos importantes para la tesis desarrollada en este trabajo.

Para construir su hipótesis, Locke se apoya en los fundamentos del origen del pacto social. Siendo consciente de las insuficiencias y de los riesgos del estado de naturaleza, entiende que la institución de la sociedad civil ocurre cuando cada uno renuncia a su poder particular, mediante un acuerdo, el contrato social, -fundamento del poder político estatal- para formar una comunidad política, en la que la mayoría tiene el derecho de actuar en nombre de todos; es decir, la totalidad de poder de la sociedad política está ubicada en la mayoría, «un cuerpo político bajo un solo gobierno»¹⁹⁸, sometido a las leyes, que son el alma del Estado. Dicho en otras palabras, el acuerdo entre los hombres es el medio exclusivo a través del cual uno se priva de su libertad natural y se somete a las ataduras de la sociedad civil, sometiéndose a las decisiones de la mayoría y aceptando ser guiado por ella. Todo eso en busca de la preservación de la propiedad, que es un derecho natural que precede a la constitución civil del Estado. Y es justamente esa relación entre leyes de la sociedad, libertad en sociedad y protección de la propiedad lo que el Estado permitirá.

Defiende el filósofo inglés que el principal motivo que lleva a los hombres a unirse en Estados es la preservación de su propiedad, que no podría hacerse en el estado de naturaleza, básicamente por tres razones: a) en el estado de naturaleza no hay una ley fija, establecida, firme, conocida y aceptada por consentimiento común que sirva de norma de lo justo y de lo injusto; b) falta de un «juez público e imparcial»; c) ausencia de un «poder que respalde y dé fuerza a la sentencia cuando esta es justa»¹⁹⁹.

En este sentido, los individuos renuncian a los poderes legislativo y ejecutivo para constituir la sociedad civil y así poder proteger mejor sus derechos individuales naturales, que nunca deben ser sacrificados. Mientras exista la comunidad, ese poder de cada individuo que fue destinado a la sociedad, no puede revertir de nuevo a las personas, afirma Locke. Pues sin ese poder no hay Estado, ni hay sociedad. Ahora bien, es condición *sine qua non* la prohibición del ejercicio absoluto y arbitrario del poder legislativo, sin límites ni control, y, de ahí la justificación de la necesidad de separar orgánica y funcionalmente los poderes legislativo y ejecutivo del Estado y así posibilitar la construcción de un sistema de garantías en esta sociedad.

¹⁹⁸ John Locke. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza, 2002, p.112.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 134-135.

La filosofía política lockeana deja clara la adopción de la idea de un «estado mínimo»; es decir, el Estado debe limitarse a la «conservación efectiva de la vida y los derechos naturales de los individuos que se encuentran en el estado de naturaleza»²⁰⁰ y, para eso, Locke recurrió a la fijación de límites claros a la acción del Estado. En caso de que el Estado no cumpla su misión, el pueblo puede desistir de ese gobierno y disolverlo. Siendo así, el poder legislativo debe limitarse a procurar el bien público de la sociedad y, por eso, las leyes dictadas por este poder deben estar en consonancia con esos límites.

John Locke en el *Primer Tratado sobre el Gobierno Civil* traza una elaborada refutación de la teoría del derecho divino de los reyes. La autoridad real no fue concedida por Dios, y si hubiera sido concedida a Adán, tampoco hay evidencias de que fuese transmitida por sucesión a sus herederos²⁰¹. En su obra *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Locke demuestra su fuerte compromiso con la causa política, analizando la concepción del deber político y los verdaderos fundamentos del gobierno, e intentando construir la ciencia política y social, e influir y afectar las políticas de los gobernantes de la época. Es aquí donde el pensador expone su teoría de gobierno civil vinculando dos conceptos principales – la ley de la naturaleza y el contrato social. Resumiendo la teoría del *Segundo Tratado*, Norberto Bobbio apunta la introducción por el filósofo inglés de cuatro formas de poder (del soberano) – material, preceptivo, directivo y coactivo y cuatro formas de obediencia (de los súbditos) – activa, pasiva, material y formal, dándose una correspondencia entre «poder directivo y obediencia activa; poder coactivo y obediencia pasiva; al contrario, no existe correspondencia entre poder material y obediencia material ni tampoco entre poder preceptivo y obediencia formal»²⁰². Es decir, hay siempre que obedecer, aunque haya diferentes maneras de hacerlo.

Afirma Locke que, para comprender el poder político, es necesario entender primero el estado natural en que los hombres se encuentran. El estado de naturaleza lockeano –base de toda su teoría política– no se trata de una mera construcción teórica, sino más bien de una construcción lógica-deductiva con carácter histórico, que efectivamente existió, definido como un estado de completa libertad, sin necesidad de permiso o consideración por la voluntad del otro, en que los hombres viven juntos guiándose por la razón y manteniéndose dentro de los límites de la ley natural. Aquí reina

²⁰⁰ Álvaro Pezoa Bissières. *Política y economía en el pensamiento de John Locke*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1997, p.122.

²⁰¹ Álvaro Pezoa Bissières. *Política y economía en el pensamiento de John Locke*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1997, p.37.

²⁰² Norberto Bobbio. *Locke y el estado natural*. Valencia: Tirant Humanidades, 2017, p. 88.

la libertad desenfrenada. Es importante comentar que esa conciencia de la existencia de la ley natural es un precepto fundamental en el proyecto lockeano.

Además, el estado de naturaleza es un estado de «igualdad perfecta», donde el poder entre los hombres es recíproco, sin que haya ni superioridad, ni subordinación, ni sometimiento, pero como todos deben respetar la ley natural, hay que impedir que «algunos hombres atropellen los derechos de los demás», una vez que todos tenemos la tendencia de ser parciales cuando tratamos de nosotros mismos. Así vislumbra Locke que el contrato social (y a través de él, la existencia de la sociedad política) es el medio de asegurar la seguridad mutua, de buscar la paz y la preservación de todo «el género humano» y defender la propiedad. Su teoría política empieza con la observación de las necesidades de los hombres en el estado natural y busca estructurar reglas de convivencia social para garantizar su libertad y sus bienes²⁰³.

Con respecto al poder político, nos enseña Bobbio, que la concepción del pensador inglés es que se trata de un conjunto de actividades y fines articulados en diferentes órganos, cada cual con sus propias funciones y cuyas relaciones constituyen el objeto principal del debate en torno de la organización del poder político²⁰⁴. El origen de la sociedad política y la organización del poder político permite la transformación de los derechos naturales en derechos políticos y sociales.

A través de estos conceptos – estado de naturaleza y contrato social – John Locke sustenta, entonces, los principios de la libertad política de la mencionada Revolución, impugna el absolutismo real, defendiendo que el gobierno debe ejercitarse con el consentimiento de los gobernados, y trata de la existencia de tres órganos, pero de dos poderes: el Poder Legislativo debería ser superior al Ejecutivo, que reconocería la supremacía del Parlamento de Londres como única instancia legislativa. El ejecutivo aplicaría las leyes y sería responsable de las funciones federativa y la prerrogativa, y, por lo tanto, cuidaría de las cuestiones internacionales de gobierno²⁰⁵, con la cuestión siempre

²⁰³ John Locke. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Aguilar, 1981, pp. 7-11.

²⁰⁴ Bobbio, 1997, pp. 37-41.

²⁰⁵ Véase Peter R. Anstey. *John Locke and natural philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2011; John Locke. *Essays on the law of nature*. Edited by W. von Leyden. Oxford: Clarendon Press, 1988; Torrey Shanks. *Authority Figures. Rhetoric and Experience in John Locke's Political Thought*. Pennsylvania: University Press; Montserrat Herrera. *La política revolucionaria de John Locke*, Madrid: Tecnos, 2015; John Locke. *Two treatises of government*. Edited by Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press, 1988; Álvaro Pezoa Bissières. *Política y economía en el pensamiento de John Locke*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1997.

compleja de quién debe declarar o no la guerra. Deja muy claro el filósofo inglés que el gobierno es una creación del pueblo, y este lo mantiene para garantizar su propio bien.

La justificación para no incluir el poder judicial como un órgano separado, estaría en la «fragilidad de los hombres» (que tienden a acumular y abusar del poder), que podrían verse tentados a «hacer las leyes a su medida y de ejecutarlas para beneficio propio» y, por lo tanto, dicha tarea estaría más segura con el Poder Legislativo, poder supremo del Estado y representante del consenso del pueblo, ya que estaría en las manos de diversas personas, en las manos de una asamblea que debería hacer las leyes siempre con la vista en el bien público y que sería disuelta una vez instituidas las leyes²⁰⁶. O sea, que no es necesario que el poder legislativo esté siempre en funcionamiento.

Aunque Locke visualizaba el poder legislativo como poder supremo, derivado de una cesión voluntaria del pueblo, este poder debería cumplir algunas condiciones: a) gobernar por «leyes declaradas y promulgadas»; b) estar limitado a alcanzar el bien público de la comunidad y tener el fin de preservar la sociedad y sus individuos, la principal ley de la naturaleza; c) no aumentar el impuesto sobre la propiedad sin el previo consentimiento de pueblo; y d) no transferir a otros el poder de hacer las leyes²⁰⁷.

Para que las leyes sean ejecutadas y su práctica vigilada, Locke no vislumbra otra alternativa que proponer otro poder activo separado del Legislativo. Esto conlleva el nacimiento del «poder ejecutivo». Y unido a este poder, el «poder federativo». Al primero le cabría la ejecución de las leyes y, al segundo le correspondería la seguridad y asuntos exteriores. Ambos poderes estarían juntos porque representan «la fuerza del Estado» y están subordinados al poder legislativo, que es el poder supremo²⁰⁸. Con ello, matiza Locke que «ninguno de estos poderes subordinados tiene más autoridad que la que les haya sido delegada mediante una concesión y una comisión expresas; y todos han de rendir cuentas a algún otro poder dentro del Estado»²⁰⁹. Ya observamos aquí el carácter todavía rudimentario de la idea de representación de Locke, que pende todavía de la delegación reversible, y el carácter bastante inseguro de su dispositivo constitucional.

En la visión de Locke, una ley se considera perfecta cuando no genera ningún obstáculo para la promoción del bien común, el bien y la seguridad del pueblo, el fin

²⁰⁶ John Locke. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza, 2002, pp.151-163.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 150.

²⁰⁸ *Ibidem*, pp. 152-153.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 157.

mismo de la sociedad civil. Dicho de otro modo, cualquier ley que vaya en contra de la «preservación de la humanidad» y que no esté en consonancia con la ley de Dios y las leyes de la naturaleza no podría ser considerada buena²¹⁰.

El filósofo inglés defendía la supremacía legislativa -*Salus populi suprema lex*- por entender que la ley establecida en la sociedad era el medio y el instrumento fundamental para la garantía de la libertad y para la realización de los fines del Estado y, por eso, buscaba conciliar la división de poderes con la supremacía legislativa. Sin embargo, Locke era consciente de las lagunas de las leyes, de que no todo podría estar prescrito en las leyes y ha creado una especie de «privilegio ejecutivo», llamado «prerrogativa regia», que sería el poder del ejecutivo de actuar a discreción para el bien público y en consonancia con los fines del gobierno siempre que no haya previsión legal.²¹¹

Una de las críticas a la formulación de Locke, hace referencia a los casos de conflictos entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, pues algunos estudiosos defienden que el filósofo no encuentra ninguna salida institucional para las situaciones de tensión entre los poderes. Es decir, Locke hizo hincapié en los «límites internos al poder Estatal» a través de los derechos de libertad y propiedad, pero no trató de regular los «límites externos», como lo hace Montesquieu con la separación y equilibrio entre los poderes²¹².

Finalmente, destacamos su concepto de justicia. Considerando que la propiedad privada es el eje central del pensamiento de Locke, el filósofo inglés entendía que «justo» es poseer cada uno las cosas que le son de mérito. La justicia es el precepto que debe regular las acciones de los hombres y la primera virtud de los hombres en la sociedad, siendo la ley natural la referencia universal de justicia y equidad. Es decir, para Locke hay una regla natural de justicia y solamente a través de los principios de justicia y paz es posible la convivencia entre los hombres.

Una vez perfilados y revisados estos principales elementos de la teoría política y del razonamiento lockeano, que nos ayudarán a formular mejor los capítulos siguientes de nuestra investigación, nos corresponde ahora adentrarnos en el estudio de las coordenadas del pensamiento de Montesquieu, que ha sido uno de los grandes filósofos de la Ilustración que marcó la historia del pensamiento político-jurídico y contribuyó de

²¹⁰ *Ibidem*, p. 144.

²¹¹ *Ibidem*, pp. 164-165

²¹² Valentin Thury Cornejo. *Juez y División de poderes hoy*. Madrid: Ciudad Argentina, 2002, p. 34.

forma inconmensurable al desarrollo de las teorías político-sociales que son parte de nuestra vida cotidiana hasta el día de hoy. El pensador francés nos deja claro que no basta la mera separación de poderes, sino que es necesario que los poderes estén separados y en equilibrio. Con esta perspectiva desarrollaremos las líneas siguientes.

El Barón de la Bréde, Charles Louis de Montesquieu (1689-1755) parte de la idea de unidad estructurada del Estado y sociedad y fija su mirada sobre todo en los momentos dinámicos, las leyes, los hechos y los cambios sociales y las formas de gobierno. Para ello, adopta la metodología de hacer un estudio histórico, teniendo en cuenta las peculiaridades concretas, sociales e históricas, y solucionar los problemas planteados, poniendo la preservación de la libertad en el fin de su sistema.

En el Capítulo IV del Libro XI - cuyo título es *Sobre las leyes que forman la libertad política en su relación con la constitución* - de su famosa obra *El espíritu de las leyes* (1748), aunque no trate expresamente del principio de la división de poderes, defiende la necesidad de limitar el poder para que la libertad de los ciudadanos pueda ser garantizada, ya que todo hombre que tiene poder tiende a abusar de ello. El pensador bordelés defendía que tanto la libertad como la justicia, ambos valores asociados, deben estar siempre presentes en las sociedades, bajo pena de generar inestabilidad en estas comunidades.

El fin de su sistema es preservar la libertad y, por eso, la importancia de un mecanismo de separación de poderes. Montesquieu era consciente de los peligros de la centralización del poder político y de la necesidad de desmembrarlo para proteger a las personas de la tiranía. Por eso desarrolló el «sistema de frenos y contrapesos» como una forma de asegurar que ningún poder pudiera sobreponerse al otro, con su célebre frase: «*Pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*»²¹³.

En esta obra *El espíritu de las leyes*, el Barón de Montesquieu tenía el objetivo de trazar las líneas fundamentales de la organización política necesaria para la protección de la libertad, analizando el sistema constitucional de Inglaterra, así como manteniendo su constante atención hacia la historia clásica, sobre todo a los romanos²¹⁴. De esto, se pueden extraer dos conclusiones fundamentales: la primera, que Montesquieu no concibe

²¹³ Véase *Sobre la separación de poderes*, disponible en <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/separation-pouvoirs.html>. Acceso el 03/06/2017.

²¹⁴ La segunda obra de envergadura de Montesquieu, *Consideraciones sobre las causas de la grandeza de los romanos y de su decadencia* (1734). Las ideas de esta obra estuvieron presentes en *El espíritu de las leyes*.

la existencia y la preservación de la libertad política sino a través de un «gobierno moderado» y, la segunda, que la doctrina de la división de poderes de la manera como este pensador la diseñó es fruto de la observación de Montesquieu del sistema político de Roma, del pasado germánico, de los orígenes de la constitución monárquica francesa y del sistema constitucional inglés.

Las ideas de moderación, diversidad, libertad y equilibrio aparecen reiteradamente en su obra. Y eso no es por casualidad. El pensador francés estableció la vinculación entre división de poderes y constitución mixta²¹⁵, porque entendía que la concentración de poderes llevaba a su degeneración y a las arbitrariedades²¹⁶. Es decir, si el ejercicio del poder político no estuviese en las manos de una sola entidad sería más fácil proteger la libertad de las personas. Dicho de otro modo, la constitución mixta fue el origen histórico de la separación de los poderes.

Como afirma M. J. C. Vile, aunque no haya un consenso acerca de como sería para Montesquieu esa división de poderes, tenemos tres líneas de pensamiento sobre el tema: la primera es la de los defensores de que se trataba de una «doctrina pura de separación de poderes»; la segunda, la de aquellos que creían que Montesquieu defendía una «separación parcial modificada por el sistema de frenos y contrapesos» y, incluso, una tercera, que predica que no se podría aplicar la expresión «separación de poderes» al pensamiento de Montesquieu y que él solo quería evitar la «confusión» entre los poderes²¹⁷.

Hasta aquí, Charles Louis de Montesquieu nos ha enseñado que quien tiene el poder es inducido a abusar de él y que la única forma de solucionar ese problema es que el poder limite el poder. Tras observar el sistema constitucional inglés, el filósofo francés concibió el principio de la separación de poderes, que establecía la necesidad de dividir el poder político en funciones atribuidas a órganos diferentes, de modo que la misma autoridad no ejerza jamás la totalidad de estas funciones. Esa era la forma de controlar el ejercicio arbitrario del poder. Sobre este control, afirma Blanco Valdés, apoyado en el

²¹⁵ La idea de constitución mixta se remonta a Aristóteles, en la obra *Política*. Entendía que la mezcla de formas de gobierno facilita llegar al termino medio, el equilibrio, ideal de la ética aristotélica.

²¹⁶ En el libro XI, capítulo 6 (Madrid: Istmo, 2002, p. 246) afirma que «todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares».

²¹⁷ M.J.C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poder*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 96.

pensamiento de Gaetano Silvestri, que no se trataba de un problema lógico-jurídico, sino más bien político-práctico, pues Montesquieu diseña un mecanismo donde se atribuye y se divide las diversas funciones del Estado entre los sujetos políticos concretos en busca del equilibrio entre los poderes; es decir, distribuye el ejercicio de las funciones entre los titulares a quienes ya fueron concedidos poderes²¹⁸.

Como se ve, la libertad política ha sido la problemática básica y constante en la obra de Montesquieu. El punto de partida. La libertad «no consiste en hacer lo que se quiere», sino «en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer»²¹⁹. Y para tener libertad política, es necesaria la división de poderes, defendía él; es decir, ha de haber leyes, constitución mixta y gobiernos moderados. Son precisamente las leyes el punto de referencia de la libertad política, porque para el Barón de la Brède «la libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten»²²⁰. Desde ahí, empiezan las cuestiones sobre como delimitar las fronteras de competencia y actuación de los poderes, vinculados a la actividad política del Estado. Montesquieu aduce que en cada Estado hay «tres géneros de poder»: el legislativo, responsable por hacer y corregir las leyes; el ejecutivo, del que depende el derecho de gentes, que cuida de la paz y guerra, envíos a la embajada, etc. y el judicial, del derecho civil, responsable por juzgar los crímenes o «litigios entre particulares»²²¹.

En este sentido, Rafael Agapito Serrano aduce que «el principio de la división de poderes que elabora y desarrolla Montesquieu a partir de sus análisis de la Constitución inglesa es un paso central en esta dirección de ampliar la racionalidad jurídico-constitucional al ámbito de lo político»²²². Montesquieu no entró a discutir si los ingleses disfrutaban o no de libertad, pero afirmó que los ingleses extrajeron de los germanos su gobierno político y que sus leyes establecían la libertad y la representación política y, que, por eso, este modelo se convirtió en el espejo de donde extraer los principios de la libertad política.

²¹⁸ Roberto Blanco Valdés. *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza, 2006, p. 95. Apud Gaetano Silvestri, *La separazione dei poteri*. Milán: Ed. Giuffrè, 1979, Vol. II, p. 61.

²¹⁹ Montesquieu. *El Espíritu de las leyes*. Traducción de Demetrio Castro Alfín. Madrid: Istmo, 2002, p. 244.

²²⁰ Montesquieu. Idem. p. 244.

²²¹ *Op. cit.*, 2002, pp. 245-246.

²²² Rafael de Agapito Serrano. *Libertad y división de poderes*. El «contenido esencial» del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu. Madrid: Tecnos, 1989, p. 107.

En efecto, el pensador francés, inspirado en Locke, con estos principios diseñó definitivamente diferentes funciones estatales y sus distintos órganos, incluyendo expresamente el poder judicial entre los poderes fundamentales del Estado, la tripartición de los poderes en los moldes conocidos actualmente. Y decía también que no habría libertad si el poder judicial no estuviera separado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Ahora bien, el poder atribuido al «poder de juzgar» era «en cierto sentido nulo»²²³, poseyendo un carácter regulador, más bien secundario, o sea, que no estaba en el mismo nivel político de los otros poderes.

Montesquieu se empeña en mostrar la importancia de la formación de los órganos para que haya efectivamente la división de poderes y para que no haya temor entre los ciudadanos, porque él entendía que la libertad política estaba vinculada a la idea de seguridad. Con ello, los magistrados no deben venir del mismo colectivo, sino más bien de diferentes órganos, y refuta la atribución de la justicia a un cuerpo permanente. Los jueces deben estar en igual condición que aquel que será juzgado. Así el temor es atribuido al cargo y no a la persona que lo ejerce.

Sobre los miembros del cuerpo legislativo, el pensador francés reconoce que para estar en un «Estado libre» todos deberían tener «alma libre» y, esto significa «gobernarse a sí mismo», pero ante la inviabilidad de «el pueblo, en su conjunto, estar en el poder legislativo», como de tomar «resoluciones activas», argumenta la necesidad e importancia de la representación política; es decir, «el pueblo hará por medio de sus representantes todo aquello que por sí mismo no puede hacer». Y los representantes no deben ser extraídos del cuerpo de la nación, sino más bien que cada lugar principal, por ser mejores conocedores de las necesidades locales. Aquí, Montesquieu hace hincapié en que este cuerpo legislativo debe ser renovado de tiempo en tiempo. No puede ser vitalicio, bajo la imposibilidad de ser renovada la esperanza si no es a través del cambio.

De igual forma, Montesquieu se preocupaba con el tema de la igualdad, pues la consideraba el «alma del Estado» y, por eso la importancia de encontrar una justa medida para la igualdad entre las personas para el buen funcionamiento del sistema político; es decir, ni la pérdida de la igualdad ni la igualdad extrema son benéficas para la democracia. Su definición y su limitación deben estar previstas en la ley.

Con la división de poderes se establece también una división de competencias en el ámbito institucional: el poder legislativo elabora las leyes abstractas y generales, en

²²³ Montesquieu, *Op. cit.*, p. 250.

sentido substantivo, es decir, innovando efectivamente el orden jurídico; al poder ejecutivo le corresponde ejecutar las leyes, gestionar los negocios públicos y el poder judicial se destina a solucionar los conflictos de intereses, aplicando en el caso concreto las leyes, así como fiscalizar las actividades legislativas y los procesos de ejecución de esas leyes con el objetivo de resguardar el ordenamiento jurídico y proteger a las personas. Obviamente hay o debería haber una interdependencia en el ejercicio de esas funciones.²²⁴

La perspectiva de Montesquieu hace patente que es un rasgo de su teoría la «inclusión de la política en la Constitución» y, por lo tanto, no hay que abandonar cualquier apreciación jurídica que envuelva la política o las funciones del Estado, como veremos más adelante al tratar la doctrina existente en ese sentido (*the politic question doctrine*).

Agapito realiza un interesante examen de las interpretaciones históricas que proceden de la Revolución francesa, la dogmática jurídico-pública y la de los constituyentes americanos, y que recorta la comprensión del sentido constitucional pleno de la división de poderes. Su planteamiento sobre la división de poderes, como no podría ser diferente, estudia la relación entre derecho y política, derecho y poder y, desde ahí, el autor nos llama la atención sobre la obscuridad en la doctrina jurídico-pública en lo que dice respecto a como entender la separación de poderes, si como un principio político o una garantía jurídica²²⁵.

Afirma el autor que no se debe abandonar «la dimensión política de la organización del Estado» y, asegurar la primacía de alguno de los poderes del Estado, pues eso representa un riesgo de dejar sin efectividad «la racionalidad que tradicionalmente se atribuye al principio de la división de poderes» y de excluir «una articulación racional de la política», una vez que «la soberanía es algo que corresponde al Estado en su conjunto». El principio que garantiza esa idea de conjunto, de unidad del Estado, es el de la supremacía de la ley²²⁶.

Estas tensiones entre la dimensión política y la dimensión jurídica constitucional de la división de poderes determinaron la historia posterior de la evolución constitucional francesa como vamos a ver a continuación. La etapa revolucionaria de Francia muestra a través de sus constituciones que no se ha encontrado una solución al conflicto de la

²²⁴ Conocida como Checks and Balances.

²²⁵ Rafael de Agapito Serrano. *Libertad y división de poderes*. El «contenido esencial» del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu. Madrid: Tecnos, 1989, p. 120.

²²⁶ Agapito. *Op. cit.*, pp. 133-134.

soberanía, manteniendo la idea de una primacía de la asamblea en primer plano y articulando la división de poderes como una división jerarquizada de las funciones del Estado, iniciando con ello una interpretación recortada de la teoría de Montesquieu. Esta interpretación centra su crítica a este en los riesgos que entraña la división del poder del Estado, haciendo que se mantenga una cierta autonomía de lo político frente a la Constitución del Estado e intentando subordinar el Ejecutivo (todavía en manos de la monarquía absolutista con el apoyo de la aristocracia) al Legislativo (la Asamblea, mostrando el poder de la burguesía como representantes del pueblo). Con estos planteamientos, en Francia se va centrando la soberanía en el poder Legislativo, entendiendo la división de poderes como «una separación estricta entre los órganos superiores del Estado en base a una distinción de las funciones según un criterio material»²²⁷, algo que se ha mantenido como una preferencia en las doctrinas francesas hasta nuestros días.

En la Carta Constitucional de 1814 se da un paso más entendiendo la división de poderes como una distribución del contenido material de las funciones de los órganos del Estado, que quedan obligados a colaborar entre ellos, y completando esas funciones con las competencias y procedimientos propios de cada órgano. Con ello se consigue neutralizar el conflicto alrededor de la soberanía y centrar la discusión en la organización conjunta del Estado.

Tras la revolución de 1830, provocada por el intento del rey Carlos X de reconstituir una Asamblea más favorable a sus intereses disolviendo la que había sido recientemente elegida en las elecciones de ese mismo mes de julio, el rey es sustituido y se aprueba la Constitución de 1830, que limita el poder normativo del monarca y hace que el gobierno dependa de la mayoría de la Cámara de los diputados. El derecho de disolución de la Cámara continúa en manos del rey, pero como un instrumento para favorecer el equilibrio entre los órganos superiores del Estado, buscando en general reforzar una mayoría parlamentaria favorable para el gobierno, de forma que el rey zanja un conflicto entre la Cámara de los diputados y el gobierno sin ser parte de él.

La siguiente revolución en Francia, en 1848, provoca un retroceso constitucional hacia una concentración de poderes en el ejecutivo, ya que en la Tercera República se teme que un sistema parlamentario puro pueda provocar una concentración del poder ejecutivo y legislativo, por lo que se propone una configuración dualista del

²²⁷ Agapito. *Op. cit.*, p. 124.

parlamentarismo, apoyada en la existencia de dos poderes y tres órganos, atribuyendo el derecho de disolución del parlamento al jefe del Estado, con el asentimiento del Senado y sometido a los resultados de las consultas populares. Con ello se pretende separar ambos poderes estableciendo su igualdad y mecanismos (como el derecho de disolución) para asegurar el equilibrio y la colaboración entre ellos.

Procesos semejantes tuvieron lugar en la historia inglesa. En el caso de la Monarquía constitucional inglesa, el Rey actúa como garante del equilibrio constitucional asegurando la diferenciación de las funciones de los diferentes poderes del Estado y moderando el ritmo político, que afecta básicamente a la relación entre el gobierno y la oposición. El derecho de disolución del parlamento es parte de las prerrogativas de la Corona, pero en realidad solo es usada para tratar de obtener una mayoría parlamentaria que sea favorable al primer ministro nombrado por el Rey y a su gobierno, utilizando para ello su influencia electoral. Algo que fue utilizado en la Primera restauración borbónica de 1878, con la entrada de España en la monarquía constitucional. Sin embargo, con la ampliación del sufragio esa influencia se pierde y el derecho de disolución pasa a operar en el sentido de la Monarquía parlamentaria, buscando y estabilizando mayorías parlamentarias que apoyen al gobierno, etapa que no logró España hasta 1978.

La teoría de Montesquieu fue interpretada de una forma diferente por los constituyentes americanos, que asumen la separación de los órganos, pero «entienden que es necesaria una interrelación entre las funciones que impida que ningún órgano asuma por entero una función, ya que ello podría dar lugar a abusos en su ejercicio»²²⁸. Ello impone una posición del poder judicial distinta a lo propuesto por Montesquieu, ya que se supone la idea de que la jurisdicción puede controlar la constitucionalidad de las normas emanadas del legislativo, lo que hace que la función judicial se entienda como un auténtico poder y que la organización del Estado se lleve a cabo a través de la relación entre tres poderes, algo bien diferente de lo que hemos visto anteriormente donde solo existían dos poderes reales, el ejecutivo y el legislativo, y cada poder con su atribución de funciones.

Para ello se ha adoptado una estrategia distinta a la de Europa, donde se usan unas teorías generales y abstractas sobre la soberanía y la organización del Estado para justificar un reparto de funciones y poderes a la vez que tratan de cambiar un Estado donde el poder históricamente siempre ha estado en manos de la monarquía y la

²²⁸ Agapito. *Op. cit.*, p. 136.

aristocracia. En el caso de los Estados Unidos desde el principio ya se entiende que todos los poderes del Estado derivan del poder del pueblo y se usan criterios de tipo político práctico para el ejercicio de la función de cada órgano, definiendo los poderes por su relación con los otros, evitando la idea de una separación rígida entre ellos.

Con ello se establece «una paridad jurídica entre los órganos y una interdependencia política entre los poderes del Estado»²²⁹ excluyendo cualquier idea de primacía de alguno de ellos e instituyendo mecanismos de control y colaboración recíproca entre ellos con el objetivo de neutralizar un posible abuso de poder y «la doble misión de asegurar la unidad y la apertura del proceso de vigencia de la Constitución»²³⁰. Y se reserva un poder considerable a la mayoría a través de las elecciones, pero a la vez se dificulta que cristalice una configuración homogénea y permanente de esta mayoría para evitar que un único grupo social monopolice durante mucho tiempo el poder político, lo que al final se refiere a un equilibrio en el desarrollo de la sociedad.

A finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX se impone la ampliación del sufragio y la búsqueda de una orientación más social del Estado, surgiendo en Europa la necesidad de disponer de mecanismos que permitan una mayor solidez del sistema frente a las oscilaciones de la mayoría en el Parlamento, tomando la experiencia americana como modelo para el desarrollo constitucional europeo. El nuevo planteamiento constitucional lleva a una ampliación de la división de poderes, que se concentra en dos aspectos fundamentales: la necesidad de institucionalizar un control de constitucionalidad sobre las normas y actos de Estado y el compartir el ejercicio de las distintas competencias a centros de poder y decisión diversos, incluso con fórmulas que plantean una descentralización geográfica o acentúan el autogobierno local.

Afirma Agapito que el que hoy se haya generalizado la aceptación de una interdependencia en el ejercicio de las diferentes funciones superiores del Estado no elimina la necesidad de elaborar su significado constitucional, para lo que es necesario una perspectiva constitucional sistemática, explicitando «la dimensión política de la realización de la Constitución»²³¹. Para ello es necesario reconstruir las claves teóricas del planteamiento de Montesquieu, distinguiendo lo que en ella constituye un componente teórico y lo que es aplicación jurídica al contexto histórico y social de su época. Si no se hace esa distinción se llega al tópico de que lo que se propone es una mera fragmentación

²²⁹ Agapito. *Op. cit.*, p. 137.

²³⁰ *Ibidem*, p. 139.

²³¹ *Ibidem*, p. 147.

del poder del Estado, y que una vez rebasado el contexto histórico en que vivió Montesquieu al principio de la división de poderes solo le queda un contenido vago.

Un elemento esencial de dicho componente teórico de la división de poderes de Montesquieu es la referencia al substrato social de las categorías, de forma que hay que distinguir entre los poderes del Estado entendidos como funciones y los poderes que emanan de las distintas fuerzas sociales. No se trata de una afirmación genérica sobre la importancia de tener en cuenta la realidad social y política para condicionar la validez y vigencia efectiva de la organización del Estado, sino que supone la incorporación del aspecto social como una dimensión teórica en la organización del Estado, dimensión que opera junto a la distinción de las funciones, institucionalizando a través del reconocimiento de las fuerzas sociales el proceso político como una dimensión constitutiva de la organización del Estado, definiendo el papel constitucional de estas fuerzas y estableciendo «mecanismos adecuados para reducir el poder social a favor de la libertad social de los individuos»²³².

Según Agapito, la estructura constitucional que propone Montesquieu contiene dos divisiones: la distinción de las ramas del Estado en legislativa, gubernativa y judicial y el juego político en la relación de las dos Cámaras entre sí y con el ejecutivo. Ese juego político entre fuerzas se desarrolla solo entre las Cámaras y el ejecutivo ya que, para Montesquieu, el poder judicial no puede ser una fuerza por ser el único de los poderes del Estado que ejerce poder de forma inmediata sobre los individuos, y debe mantenerse al margen del juego político de fuerzas entre los otros poderes del Estado, ya que le corresponde el papel de proteger la seguridad jurídica a través de la aplicación objetiva de la ley. Según Agapito, «la independencia de la administración de justicia no tiene pues otra justificación que la de la objetividad de la aplicación del derecho»²³³.

Esa independencia del poder judicial está controlada por los otros poderes ya que no excluye que las Cámaras puedan intervenir en la organización de la administración de justicia, pero siempre por vía de una ley general, y asegura que la función legislativa no pueda aplicar el derecho que ella misma crea, porque entonces crearía un derecho a su medida, sin carácter general. Con ello la base de la independencia de la administración de justicia «reside en la separación de la función de aplicación del derecho respecto a la función de elaboración y aplicación de la política»²³⁴.

²³² Agapito. *Op. cit.*, p. 152.

²³³ *Ibidem*, p. 164.

²³⁴ *Ibidem*, p. 165.

Hasta aquí hemos puesto en relieve las aportaciones de Montesquieu y John Locke para la teoría de la división de poderes y, como no podría dejar de ser, traigo a colación las tesis de Immanuel Kant (1724-1804), que ha contribuido de forma relevante en la teoría del nacimiento de la sociedad política, de la separación de poderes y de la representación política y, por eso, paso ahora en las líneas que siguen a demostrarla y explicarla.

En lo que concierne a la creación del estado civil, el mayor filósofo de la época moderna ha dedicado su obra *La Metafísica de las Costumbres* a tratar, entre otros temas, la problemática de la relación entre derecho natural y derecho positivo, estado de naturaleza y estado civil. Nótese que no se trata de eliminar el estado de naturaleza, sino más bien de conservarlo y, a través del estado civil, proteger y posibilitar el ejercicio de los derechos naturales haciendo uso de la coacción. Se puede decir que Kant adopta una postura semejante a la formulación de John Locke, en la que para la convivencia de los hombres en el estado civil, y para la formación de este estado, es necesario el contrato social, pero, según Adela Cortina²³⁵, no se puede decir que la doctrina jurídica kantiana sea iusnaturalista.

Argumenta Cortina que el derecho natural en Kant se basa en el «principio *a priori* de la razón» y sirve como «criterio racional» del derecho positivo, que se trata de un derecho precedido de la voluntad del legislador, que establece de forma estatutaria que es el derecho en un determinado tiempo y lugar, tomando por base el criterio de lo justo e injusto, que extraemos a través de la razón. El estado de naturaleza descrito por Kant, afirma la filósofa, es una idea de la razón, sin existencia histórica, que «pretende justificar lógicamente que los hombres sean sujetos del derecho», y que se conoce empíricamente. Es un estado semejante al estado de guerra descrito por Thomas Hobbes, donde existe una constante amenaza de que se declaren las hostilidades entre los hombres²³⁶. Kant usa la expresión *ungesellige Geselligkeit* para confirmar que esa condición de sociabilidad antisocial de los hombres genera conflictos e inestabilidad en el estado de naturaleza²³⁷.

²³⁵ Estudio Preliminar en la obra de Kant – *La Metafísica de las Costumbres*, Madrid: Technos, 1994, p. XLIII.

²³⁶ Immanuel Kant. *La Paz Perpetua*. Traducción Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 1985, p. 14.

²³⁷ Immanuel Kant. *Ideas para una historia en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*. Traducción de Concha Roldán Panadero y Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid: Tecnos, 1994, pp. 8-9.

El filósofo alemán, siguiendo la teoría lockeana de la necesidad de salir del estado de naturaleza a través del contrato social para preservar, sobre todo, la libertad y la propiedad, trata del modo de adquirir algo en el exterior como suyo, por medio del derecho público existente en el estado civil que prevé esa prerrogativa jurídica «con la voluntad de todos en una legislación pública»²³⁸. En este punto, nos llama la atención José Luis Villacañas, que, aunque Kant haga referencia repetidas veces a la teoría del contrato social como idea racional del surgimiento del Estado, con el objetivo de proteger los bienes de los hombres y garantizarles autonomía, no la utiliza tanto en su «teoría de las instituciones» para concretar y avanzar con el derecho. Para eso, hay que acudir a la tesis de la división de poderes. En este contexto, afirma Villacañas, la idea de contrato social es «una referencia continua a la tesis de que todo poder emerge del pueblo y es aceptado por el propio pueblo que lo crea», es ser consciente del «carácter normativo del republicanismo»²³⁹. Para Kant, la república es la mejor forma de gobierno no solo por la relación que establece entre el Estado y los ciudadanos, sino también por la relación que establece entre los Estados, garantizando la libertad y, externamente, la paz²⁴⁰.

Sin duda alguna, para entender la teoría de la política Kantiana es necesario pasar por la teoría de la división de poderes, donde todos obedecen a una estructura de representación²⁴¹, unificados a través de la legislación y del derecho, con el objetivo de constituir el Estado. Es esa distribución y obediencia al poder lo que permite fundar el Estado, transformar el estado social en Estado. Y, al decir de Villacañas, es esa la «primera expresión de la justicia»²⁴².

Para lograr el transito desde el estado de naturaleza, donde «cada uno hace lo que parece justo y bueno» hacia el estado civil, donde los hombres se unen a los demás y «cada uno obra a su antojo», Kant hace hincapié en la importancia del derecho privado que legitima esa exigencia de salir del estado natural, y, una vez en el Estado donde el derecho público aparece, de lo necesaria que es la «coacción externa legalmente

²³⁸ Immanuel Kant. *La metafísica de las Costumbres*. Traducción Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 1994, p. 72.

²³⁹ José Luis Villacañas Berlanga. Res Publica: *Los fundamentos normativos de la política*. Madrid: Akal, 1999, pp. 167-168.

²⁴⁰ Norberto Bobbio. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Universidad de Brasília, 1997, p. 162.

²⁴¹ Podemos decir que John Locke y más adelante, Immanuel fueron los fundadores de la teoría del gobierno representativo. Es a través de la representación que se busca sustentar todo el poder legislativo deliberativo y todo el poder ejecutivo.

²⁴² *Op. cit.*, p. 168.

pública»²⁴³. Es decir, se acepta la dominación porque es eso lo que se acuerda voluntariamente. Es precisamente ese poder externo y coactivo que representa el segundo elemento *a priori* del Estado y, a partir de ahí el Estado asume la lógica de la legislación jurídica y se constituye en Estado de Derecho con sus tres poderes -legislativo, ejecutivo y judicial (*trias politica*)²⁴⁴- definidos y separados. El poder soberano corresponde al legislativo; el ejecutivo a aquel que gobierna y el judicial al juez, y la supremacía legislativa tiene su fundamento en la representación de la voluntad colectiva.

El filósofo alemán establece muy claramente la distinción entre derecho y moral. Aquel es impuesto externamente y este se trata de un comando interno, es un ejercicio individual de la razón pura²⁴⁵. Su concepto de derecho está vinculado a la idea de lo justo y de la coexistencia de todos los hombres según una ley universal de la libertad (principio universal del derecho). Una acción es conforme a derecho cuando permite esa libertad de arbitrio. Y para el reconocimiento tanto de lo justo como de lo injusto (*iustum et iniustum*) hay que analizar qué dicen las leyes de un lugar y tiempo determinado. Hay que buscar en el derecho positivo. Sin embargo, advierte Kant que cualquier doctrina jurídica únicamente empírica está desprovista de fundamentos²⁴⁶. Como se ve, el derecho, para Kant, pertenece al mundo de las relaciones externas, donde se relacionan dos o más voluntades y donde su papel es prescribir como pueden coexistir y como preservar y proteger las libertades externas de los hombres. Por tanto, implica reconducir las relaciones jurídicas existentes a una idea fuerte y normativa de justicia.

Según Kant, el derecho es el medio que posibilita la «libre coexistencia entre los hombres», porque su función es establecer la manera y las condiciones para que la voluntad de una persona pueda convivir y coexistir con la de otro. En ese sentido, afirma Bobbio, que el filósofo alemán busca «el ideal del derecho, al cual cualquier legislación debe adecuarse para poder ser considerada como justa»²⁴⁷. La justicia es aquí sinónimo de libertad. Y el derecho es estrictamente conectado con la idea de coacción, con la facultad de coaccionar. Por eso en el deber jurídico, siendo externo, diferentemente del deber moral que es interno, otros tienen el derecho de obligarme, de coaccionarme a

²⁴³ Immanuel Kant. *La metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 141.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 142.

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 19-40.

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 38-39.

²⁴⁷ Norberto Bobbio. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Universidad de Brasília, 1997, pp. 70-71.

cumplirlo. Y enfatiza Kant que todo lo que es injusto, contrario al derecho, es un «obstáculo a la libertad según leyes universales, pero la coacción es un obstáculo o una resistencia a la libertad»²⁴⁸. Las excepciones admitidas por Kant son la equidad (derecho sin coacción) y el derecho de necesidad (coacción sin derecho)²⁴⁹.

Queda claro, por lo tanto, que la teoría política de Kant es radicalmente normativa, porque el Estado debe instituirse bajo la forma de una constitución y una voluntad que lo unifique, con un conjunto de «leyes promulgadas universalmente para producir un estado jurídico»²⁵⁰ y con sus estructuras de división de poderes. Es decir, el Estado, caracterizado por «la voluntad universal unida en una triple persona», es el poder estructurado y distribuido del pueblo soberano, cuyas dimensiones surgen de la idea misma de *res publica* y resultan del «concepto de comunidad política en general (*res publica latius dicta*)»²⁵¹

Como uno de los primeros efectos del origen del poder supremo se observa la preocupación de Kant por el incumplimiento del contrato social por alguna de las partes, de lo que podría resultar la resistencia a este poder y, por eso, advierte el filósofo alemán que ese origen del poder es «inescrutable, desde el punto de vista práctico, para el pueblo que está sometido a él»²⁵². El pueblo, como súbdito, no debe discutir sobre el origen y la obediencia al poder supremo del Estado y sentencia Kant: «contra la suprema autoridad legisladora del Estado no hay, por tanto, resistencia legítima del pueblo»²⁵³. Kant no cree en las revoluciones, sino más bien en el proceso y la reforma gradual.

Para lograr la integralidad y la salud de la constitución del Estado, advierte el filósofo que hay que coordinar y perpetuar los tres poderes del Estado con la idea de complementariedad, apuntando que «la voluntad del legislador (*legislatoris*) en lo que se refiere a lo mío y lo tuyo exterior, es irreprochable (irreprensible), la facultad ejecutiva del jefe supremo (*summi rectoris*) es incontestable (irresistible) y la sentencia del juez supremo (*supremi iudicis*) es irrevocable (inapelable)»²⁵⁴. La garantía de larga vida de la república está en la coherencia entre la constitución y los principios jurídicos, así como en la obediencia al «imperativo categórico de justicia».

²⁴⁸ Kant (1994). *Op. cit.*, p. 40.

²⁴⁹ *Ibidem*, pp. 40-45.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 139.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 171.

²⁵² *Ibidem*, p. 149.

²⁵³ *Ibidem*, p. 151.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 147.

La relación de subordinación entre los poderes en la tesis kantiana se cumple, al decir de Villacañas, en el momento que cada uno de los poderes atiende estrictamente a su propia *potestas*, es decir, «la referencia al otro identifica la dimensión del otro que determina internamente cada uno»²⁵⁵. Al obedecer la ley, los otros dos poderes –ejecutivo y legislativo– reconocen la superioridad del legislativo, «la premisa mayor del razonamiento práctico del Estado»²⁵⁶, una vez que no hay una instancia ulterior de legislación y estos tienen sus acciones condicionada por la ley del legislativo.

Exactamente por existir la separación de poderes, el deber o derecho de juzgar no pertenece ni al soberano del Estado, ni al gobernante, sino a los jueces, que son «conciudadanos» elegidos libremente y reconocidos como representantes para cada acto, porque, de acuerdo con Kant, «el fallo judicial (la sentencia) es un acto particular de la justicia pública (*iustitiae distributivae*), referido al súbdito y realizado por un administrador del Estado (un juez o un tribunal)»²⁵⁷, cuya función consiste en «garantizar la distribución del derecho»²⁵⁸ y asegurar el vínculo entre el poder legislativo y el poder ejecutivo. Y acto seguido, el ejecutivo tiene el *telos* de ejecutar esa distribución del derecho, de realizar la distribución de todo bien. Como se ve, el poder judicial fue diseñado por Kant como «expresión del poder democrático», que respeta y aplica las leyes, con objeto de «distribuir la felicidad (...) para permitir la participación de todos en el bienestar», para que la práctica del derecho no sea cuestionada ni su eficacia perjudicada.

El esquema kantiano también reflexiona sobre las patologías estructurales del Estado, como es el problema de la tiranía, que echa por tierra la estructura de la división de poderes y no tiene como base el poder constituyente del pueblo, sino que lo substituye. El análisis de esta enfermedad permite visualizar los diferentes poderes existentes en el Estado –el poder deliberativo, el poder administrativo y el poder judicial que son «representantes parciales del pueblo»- y sus relaciones y reconocer la importancia de la existencia de una división de poderes eficiente para la supervivencia de la *res publica*, para que no se destruya el Estado.

Como hemos visto, tanto Montesquieu, como Locke y Kant buscaron desarrollar una nueva concepción teórica de Estado, intentando desmontar el absolutismo

²⁵⁵ José Luis Villacañas Berlanga. *Res publica. Los fundamentos normativos de la política*. Madrid: Akal, 1999, pp. 177-178.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 179.

²⁵⁷ *La metafísica de las Costumbres*, 1994, p. 148.

²⁵⁸ Villacañas, *Op. cit.*, p. 179.

monárquico y promoviendo la creación del Estado social, aplicando la teoría de la separación de poderes con el objetivo de garantizar la libertad y la coexistencia pacífica de los ciudadanos.

A título de conclusión, desde las perspectivas teóricas planteadas, nos quedamos con la importancia de actualizar la división de poderes, promoviendo una especialización orgánico-funcional de los poderes del Estado, que garantice las libertades de los individuos como han sido formuladas por Kant y para que la justicia distributiva alcance a toda la sociedad. Para eso hay que repensarlo todo, sobre todo el papel de los jueces y de los tribunales, porque, en las palabras de Kant, «si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra»²⁵⁹. Partiendo de esta base, hay que reconocer la importancia de la apertura de los sistemas jurídicos modernos hacia los principios fundamentales y de orden constitucional, a los tratados internacionales, los derechos humanos y los valores constitucionales para reconstruir los sistemas jurídicos actuales, pues permitirán una transformación continua y notable de estos sistemas, una vez que se experimente de forma efectiva.

3.1.2 *La teorización de la división de poderes en la arquitectura constitucional de los Padres Fundadores*

El conjunto de escritos llamados *Los Ensayos Federalistas* (1787-1788), producidos por los pensadores James Madison (1751-1836), Alexander Hamilton (1757-1804) y John Jay (1745-1829) que defendieron la ratificación de la Constitución de los Estados Unidos constituye el momento fundamental del paso de la teoría a la práctica de la división de poderes. En sus documentos 47 (que trata sobre la necesidad de separación en los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y 51 (que deja claro que estos poderes no pueden estar aislados y deben ser controlados mutuamente a través del *checks and balances* en su versión más pura) está articulada la idea del principio de la separación de poderes seguido por la Constitución Estadounidense²⁶⁰. Entender las opciones

²⁵⁹ *La metafísica de las Costumbres*. Cap. VI, 332, p. 167.

²⁶⁰ Véase <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers>. The Federalist 46 (Madison). The Influence of the State and Federal Governments Compared. The Federalist 47. Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts (Madison).

constitucionales de los padres fundadores nos ayuda a poder analizar la configuración del modelo de Estado de Estados Unidos, los papeles de los poderes, el proceso de construcción de la supremacía constitucional, así como su valor político y jurídico y, con eso, comprender el control judicial de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*) y sus límites.

Protagonizando la creación del país norteamericano, organizando el momento posrevolucionario frente a la Corona británica y con muchos aspectos políticos influyendo sobre su actuación, los padres fundadores definieron algunos de los propósitos del nuevo gobierno en el preámbulo de la Constitución americana: estabilizar la justicia, asegurar la tranquilidad doméstica, promover el estado de bienestar social y asegurar la libertad. Mark Tushnet nos recuerda que, en general, los padres fundadores creían que no se puede promover la libertad excepto si existe un gobierno fuerte con suficiente poder para evitar que los delincuentes armados aterroricen el país²⁶¹.

La guerra de la independencia de Estados Unidos de 1775 a 1783 comenzó como un conflicto entre Gran Bretaña y sus colonias en América del Norte y llevó a la creación de los Estados Unidos de América. En 1777, cuando todavía se encontraban inmersos en el conflicto bélico se aprobaron los conocidos como Artículos de la Confederación, un acuerdo entre los 13 estados originales que sirvió como primer documento de gobierno y que entró en vigor tras ser ratificado por los estados en 1781. Se caracterizaba por preservar la independencia de los estados con un limitado gobierno federal. Sin embargo, tras la guerra se detectó la necesidad de disponer de otro acuerdo de gobierno que permitiera tener un gobierno efectivo, con presidente y poder ejecutivo, poder judicial e impuestos para financiar el nuevo modelo de nación. Ello llevó a discutir en 1786 sobre reformas para mejorar los Artículos de la Confederación, y en la Convención de Filadelfia de 1787 se propuso escribir una Constitución.

Dado que la Constitución necesitaba ser ratificada por al menos nueve de los trece estados para entrar en vigor, tres de los denominados Padres Fundadores de Estados Unidos, ya citados, escribieron entre 1787 y 1788 una serie de artículos en tres periódicos de Nueva York bajo el seudónimo de Publius con los que querían influir en la votación a favor de la ratificación de la Constitución. Para Bruce Ackerman «representan el intento más reflexivo de los Fundadores de convencer a sus compatriotas de que la Constitución

²⁶¹ Mark Tushnet. *Red, White, and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 7.

es digna de reflexión y de elección»²⁶². Estos artículos son los conocidos como *The Federalist Papers*.

La propuesta de la nueva Constitución aparece solo seis años después de la ratificación de los Artículos de la Confederación, y lo hace reclamando la autoridad en nombre del Pueblo, como una continuación de la revolución en la que se pretende quitar autoridad a los estados y sus gobiernos ya en funcionamiento tras la guerra, que también dicen representar al Pueblo, para dársela a un gobierno federal y su nueva Constitución.

Es importante resaltar que esa nueva Constitución es la de la nueva federación de estados, y que estos ya tienen en esas fechas su propio sistema de gobierno e incluso sus propias constituciones con sus referencias a la separación de poderes, aunque a veces ese sistema de gobierno quede limitado en la práctica a evitar que una persona ejerza varios cargos. Como escribe Vile:

*En 1776 ocho estados redactaron sus Constituciones, en 1777 Georgia y Nueva York finalizaron las suyas, y poco después se les unió Vermont, que se había rebelado al mismo tiempo contra Gran Bretaña y contra Nueva York. Al año siguiente, Carolina del Sur revisó la Constitución que había aprobado dos años antes; la de Massachusetts, tan enriquecedora, apareció en 1780; por último, Nuevo Hampshire, con la revisión que hizo en 1784 de su Constitución de 1776, puso fin a la época de las Constituciones revolucionarias en los Estados.*²⁶³

Como vemos casi todos los estados ya se rigen por sus propias constituciones desde hace diez o más años. ¿Quién tiene la legitimidad de representar al pueblo en este caso? Para Ackerman, *The Federalist Papers* tienen la respuesta, ya que si bien rechazan la conveniencia de la revolución permanente, donde la élite revolucionaria niegue que haya sucedido nada realmente importante y siga usando la legalidad revolucionaria al servicio del pueblo, conceden un gran valor a la actividad política pública que implica el sacrificio de los intereses privados para perseguir el bien común. El decimo artículo de *The Federalist* construye los fundamentos de un tipo de política donde la sociedad se separa en facciones de ciudadanos que se unen entre sí y actúan en virtud de un impulso común, por pasión o por interés, pero gracias al derecho constitucional y sus formas

²⁶² Bruce Ackerman. *We the people. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Trad. Josep Sarret Grau. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador, 2015, p. 199.

²⁶³ M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2007, p. 148.

legales se consigue que las diferentes facciones se enfrenten controlando sus efectos y causando un daño relativamente pequeño a los derechos de los ciudadanos y a la comunidad, incluso en el caso de que una de esas facciones tenga la mayoría en algún estado.

Sobre la política constitucional, Ackerman destaca el artículo número 40 de *The Federalist*, donde se justifica que la Convención de Annapolis de 1786 y el congreso de la Confederación de 1787 iniciara los pasos para abandonar los Artículos de la Confederación establecidos solo seis años antes y cambiar las reglas para ratificar una nueva Constitución que cree una unión federal a partir de los trece estados confederados.

Para ello trata de persuadir al lector de que la Convención tenía autoridad legal para proponer cambios en el sistema existente, y respecto a la regla que establecía la necesidad de conseguir la unanimidad de los trece estados para realizar enmiendas constitucionales y no solo el voto favorable de nueve de ellos, se dice que las reformas deben ser aprobadas por el pueblo, y que esa nueva regla viene del convencimiento de que puede ser una situación absurda que el destino de doce estados se vea sujeto a la decisión de un decimotercero. También hace un llamamiento al derecho del pueblo a alterar sus gobiernos para conseguir más seguridad o felicidad y que para ello es esencial que dichos cambios puedan ser instituidos por propuestas informales y no autorizadas hechas por algunos «ciudadanos patrióticos y respetables». No hay que olvidar que los autores de *The Federalist*, aunque escriban bajo el anonimato de un seudónimo, lo son también de la Constitución y son también parte de lo que se denominó Padres Fundadores y entran perfectamente en esa definición de «ciudadanos patrióticos y respetables».

Según Ackerman, esa es «la voz del revolucionario triunfante: la forma más alta de expresión política no se encuentra en asambleas formales surgidas de la ley preexistente, sino por medio de un privilegio irregular y asumido para hacer propuestas informales y no autorizadas»²⁶⁴. Y, es más, el carácter legalmente anómalo de la Convención «no era un signo de un estatus legal defectuoso, sino de una posibilidad revolucionaria, la de que un grupo de patriotas pudiese hablar en nombre del Pueblo con una mayor legitimidad política que la de una asamblea cuya única autoridad derivase de su forma legal.»²⁶⁵ Con ello se justifica la decisión de la Convención y se incrementa su autoridad al vincularla con el Pueblo.

²⁶⁴ Ackerman. *Op. cit.*, (2015), p. 206.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 207.

Para evitar el estado de revolución permanente que comentamos anteriormente se deja claro que hablar en nombre del Pueblo solo puede ser creíble en condiciones especiales. Los padres no creen que una política ciudadana movilizadora pueda florecer por orden legal, y suponen que el espíritu del interés personal irá degradando las formas constitucionales de control, permitiendo que las facciones más poderosas manipulen para hablar en nombre del Pueblo. Y la posibilidad de que se forme en el futuro una facción que trate de suprimir la libertad es un argumento que justifica la necesidad de usar la ciencia constitucional federalista reflejada en la propuesta de Constitución, para evitar con ello que algunos políticos y grupos de interés utilicen el lenguaje de la soberanía estatal para promover sus proyectos faccionarios, pues como comentan en el número 10 de *The Federalist*, la situación normal es aquella en la que las facciones prosperan, consiguen sus intereses en contra del bien público, del bienestar real de la gran masa del pueblo.

Contra ello *The Federalist* propone que la representación política, en vez de suprimir las facciones con el riesgo de suprimir la libertad individual, confíe en neutralizar sus peores consecuencias manipulando las formas de representación constitucional. No se trata simplemente de reproducir el modelo de representación de las antiguas democracias y llegar a una situación donde unos pocos discutan en nombre del pueblo, donde se pueda confundir el Congreso con el Pueblo en asamblea y darle el poder supremo, ya que la concentración de todo el poder en las mismas manos, sean las de una sola persona o las de todos los representantes del Congreso, es una definición de gobierno despótico, sin que sirva de mucho que sean elegidos por el pueblo, esto es, que sea un despotismo electivo. No se puede permitir que ninguna institución de la política ordinaria se convierta en el Pueblo.

Para ello se articulan varias instituciones que representan al pueblo de maneras diferentes dentro del conjunto constitucional y con sus propias funciones. Así, la Cámara de Representantes, el Congreso, representa al Pueblo mediante su elección directa, el Senado también lo representa mediante las elecciones estatales, la Presidencia lo representa mediante el Colegio Electoral. Para Ackerman, sus diferentes puntos de vista institucional, junto al del Tribunal de Justicia, hará que «el todo deliberativo sea más reflexivo y cívico que cualquiera de sus partes en solitario»²⁶⁶.

²⁶⁶ Ackerman. *Op. cit.*, (2015), p. 223.

Ese reparto de poderes se debe completar con mecanismos de seguridad que permitan que cada rama del poder pueda controlar los posibles objetivos faccionarios de las otras, aunque como se lee en el número 51 de *The Federalist*, el propio hecho de la existencia de una gran variedad de intereses, partidos y sectas hace que sea más difícil que una coalición de la mayoría de la sociedad pueda construirse «sobre cualquier otro principio que aquellos de la justicia y el bien común»²⁶⁷. Sin embargo, como dice ese mismo artículo, «si los hombres fueran ángeles, ningún gobierno sería necesario. (...) Al construir un gobierno el cual será administrado por hombres administrando hombres, la gran dificultad está en esto: primero debes permitir que el gobierno controle a los gobernados; y a continuación obligarlo a controlarse a sí mismo»²⁶⁸.

Ello muestra la separación de poderes como una precaución auxiliar para mantener el equilibrio y el orden constitucional y la necesidad de establecer controles y equilibrios entre las distintas instituciones. No obstante, ¿cómo incentivar a las personas que tengan poder en dichas instituciones para que no traspasen los límites constitucionales?

La respuesta está en los jueces y el Tribunal Supremo. Como comenta Ackerman, «cuando los políticos de una facción traspasan los límites constitucionales, los jueces han de invalidar las leyes por ellos propuestas y exponerlos como lo que son: meros sustitutos del propio pueblo. Solo el Pueblo puede cambiar la Constitución, y los jueces tienen que impedir que el Congreso lleve a cabo unilateralmente cambios básicos»²⁶⁹.

Llevando esta posibilidad de veto al extremo, ¿significa esto que el poder judicial puede llegar convertirse en una amenaza para los otros poderes del Estado? En el artículo 78 de *The Federalist* se desmonta esta posibilidad diciendo que el poder judicial, por la naturaleza de su función, siempre será el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque el ejecutivo tiene «la espada» de la comunidad, el legislativo «la cartera» y el poder judicial, por el contrario, no tiene influencia ni en la espada ni en la cartera de la comunidad, no direcciona la fuerza o prosperidad de la sociedad y no puede tomar resoluciones activas, por lo que es con diferencia el más débil de los tres poderes.

Para Ackerman «el peligro es justo el contrario: pese al carácter vitalicio de su cargo, serán demasiado tímidos cuando un político dominante induzca de algún modo a

²⁶⁷ *The Federalist Papers*, número 51.

²⁶⁸ *The Federalist Papers*, número 51.

²⁶⁹ Ackerman. *Op. cit.*, (2015), p. 225.

nuestros llamados representantes a traicionar los mandatos constitucionales del Pueblo»²⁷⁰.

Ackerman considera que el desplazamiento de la soberanía al Pueblo y la separación de poderes diseñada por medio de *The Federalist* muestra una innovación conceptual, pues la idea de la separación de poderes no era una novedad, pero «según la interpretación tradicional, sin embargo, cada uno de los poderes por separado representa un elemento constituyente diferente de la sociedad».²⁷¹ Un ejemplo es la Cámara de los Lores en la Constitución inglesa, cuya existencia no se debía a un análisis funcional relativo a su probable contribución. En realidad, representaba a los lores como un estamento social concreto, y lo mismo podría decirse de un poder legislativo en manos de la Corona. Dado que en las colonias no existía una clase noble, el equivalente hubiera sido proponer una Cámara Alta elegida entre los propietarios de tierras y una Cámara Baja representando a todos los ciudadanos.

Incluso la separación de poderes diseñada en *The Federalist* era una innovación comparada con la realidad de la separación de poderes en las constituciones de los estados en aquellos tiempos. Cuando Vile escribe sobre esas constituciones dice que «todas ellas se atenían a la doctrina de la separación de poderes, y todas rechazaban en mayor o menor grado el concepto de frenos y contrapesos»²⁷² Ello hizo que el poder legislativo tomara más poder del deseable, y «los cuerpos legislativos de los Estados pronto se inmiscuyeron en todos los asuntos públicos, incluidos aquellos normalmente reservados a la judicatura»²⁷³

Y como respuesta a los problemas creados por la aplicación de la doctrina estricta de separación de poderes sin solucionar el problema de poner límites al poder legislativo aparece la innovación de introducir el concepto de frenos y contrapesos y concebir la relación entre los tres poderes y el Pueblo de una forma diferente, considerando cada poder del Estado como un poder funcional, no como una representación institucional de un poder ya establecido como diferentes clases de Pueblo. Y dado que cualquier poder es potencialmente un corruptor de los gobernantes, se establecen en el diseño constitucional frenos y contrapesos, con la idea revolucionaria de que los gobernantes tienen que

²⁷⁰ Ackerman (2015), *Op. cit.*, p. 225.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 251.

²⁷² Vile, (2007), *Op. cit.*, p. 149.

²⁷³ *Ibidem*, p. 160.

controlarse unos a otros y ser conscientes de que el Pueblo (y el poder judicial) puede intervenir en cualquier momento si se traicionan los principios básicos de la revolución.

El temor presentado tanto por Locke como por Montesquieu y Kant de la tiranía o una extralimitación del poder legislativo fue también una preocupación de los *Padres Fundadores*, sobre todo de Madison y Hamilton, que hicieron uso de la teoría de la separación de los poderes de Montesquieu para equilibrar los poderes en Estados Unidos en la apuesta constituyente. Ellos eran conscientes de los males del exceso de poder y la necesidad de restringir la autoridad legislativa. Los fundadores intentaron solucionar los problemas apoyándose en la tradición republicana. Buscaban formar cuerpos políticos amplios, para evitar la mediocridad y la discordia, y ordenados en los términos de una Constitución equilibrada y republicana, que buscara la creación de un gobierno eficaz y sin despotismo.

Como señala Roberto Valdés, la Constitución norteamericana del 17 de septiembre de 1787 presenta un doble interés (desde la perspectiva de su virtualidad, del valor del *modelo americano*): uno político, al diseñar la relación con la separación de los poderes del Estado; y otro, jurídico, que es la previsión de un procedimiento legislativo específico y especial para la reforma de la Constitución (rigidez constitucional). Aunque no aparezca de forma expresa, el principio de la separación de poderes en la Carta Suprema federal está plasmado en todo el texto constitucional, con sus características y exigencias respectivas, sobre todo la necesidad de coordinar los poderes con la finalidad de controlarlos recíprocamente²⁷⁴. El requisito de la rigidez prevista en el artículo V de la Carta de Filadelfia en el procedimiento para la reforma constitucional fue el camino para dar fuerza institucional al poder constituyente del pueblo y para construir la estabilidad de la Carta Magna. Volveremos más adelante sobre este tema.

Madison presentó nueve de las primeras diez enmiendas a la Constitución de 1787, conocidas como «*Bill of Rights*», aprobadas en 1789 a nivel federal. A lo largo de su vida, Madison cambió su forma de pensar la política, abandonando la idea de que debería haber un gobierno central fuerte, para aceptar al final que los estados federados y el gobierno federal deberían compartir igual poder.

La idea de la división de poderes no puede ser entendida en su forma pura, pensando en la división absoluta del poder, simplemente porque el poder es único, sino

²⁷⁴ Roberto L. Blanco Valdés. *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del estado liberal*. Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 103.

más bien una separación del Estado en órganos, funciones y poderes – Legislativo, Ejecutivo y Judicial - para que resulte más factible los controles recíprocos, los frenos mutuos. Claro está, por lo tanto, que la separación rígida de funciones no garantiza que haya algún desequilibrio que promueva la concentración y el abuso del poder.

Según James Madison, Montesquieu «no quería decir que estos órganos no pudieran tener una agencia parcial o un control sobre los actos de los otros», sino más bien que «si todo el poder de uno de los departamentos recae en las mismas manos que ostentan todo el poder de otro departamento, se subvierten los principios fundamentales de la Constitución libre»²⁷⁵. En efecto, ningún de estos poderes separadamente es absoluto y todos deben tener los límites establecidos por la propia Constitución, que es la fuente suprema del ordenamiento jurídico. Es en ella donde debe estar incluido y reforzado el equilibrio y el balance entre los poderes.

En las observaciones del ensayo federalista nº 48, Madison insistirá que no es suficiente establecer límites constitucionales a los diversos departamentos del Estado. Para que no haya distorsión de los principios fundamentales de la Carta Magna no se puede permitir la concentración tiránica en la que todos los poderes del gobierno sean ejercidos por las mismas manos²⁷⁶. Es decir, la forma de evitar el despotismo y garantizar la libertad de los ciudadanos es a través del sistema de control constitucional recíproco entre los poderes, estando ellos en distintas manos, cuya legitimidad originaria procede de elecciones derivadas de diversas fuentes.

Si es cierto (y para mí lo es) que la libertad y el equilibrio institucional son directamente proporcionales a la separación de los poderes, también es cierto que la diversidad plural y la complejidad de las relaciones están exigiendo un repensar constante sobre como reformular la tradicional concepción de la separación de poderes para que ella siga siendo capaz de servir como sistema de control del poder, y evite el exceso y el abuso por alguno de estos poderes. Este replanteamiento se extiende al tema de la reforma constitucional y decisiones de contenido político-social y del papel de la Corte Suprema y de los jueces en general en este proceso.

²⁷⁵ Véase <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers>. The Federalist 47. Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts (Madison).

²⁷⁶ Véase <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers>. The Federalist 48 (Madison). These Departments should not be so far separated as to have no Constitutional Control over each other.

A mi modo de ver, la evolución de las sociedades condujo a una realidad de instituciones que ya no están separadas, sino unidas; no de decisiones unilaterales, sino de acuerdos plurales; no de división de funciones de forma rígida, sino de cooperación entre los poderes. Condujo, en definitiva, a una lectura distinta del principio de la separación de los poderes. Quizás para reordenar el poder es necesario moderar la idea de la división de funciones y fijar mejores fórmulas de control, con límites precisos para los poderes para salvaguardar no solo la credibilidad de estos poderes, sino también proteger los derechos de las personas. Y aquí ponemos foco en el cambio de la configuración del Poder Judicial, para que sea un proceso totalmente natural y necesario, so pena de degradar su propio papel en la sociedad. Obviamente, ese cambio debe salvaguardar la imparcialidad de los jueces y venir con los límites muy bien establecidos para no afectar la seguridad jurídica. En ese punto, volvemos al tema de la reforma constitucional.

El concepto de rigidez constitucional no surge con la idea de transformar la Constitución en una norma perpetua de forma absoluta, sino más bien en crear un procedimiento especial de modificación del texto constitucional (aprobación por una mayoría de dos tercios de cada Cámara del Congreso y no solo eso, sino también con la concordancia de los tres poderes) para prevenir que la Constitución sea alterada demasiadas veces.

Al decir de Rafael Jiménez Asensio, es importante establecer una distinción entre las garantías normativas y las «garantías auténticas», entendiendo las primeras como aquellas garantías formales que protegen a los ciudadanos de algún incumplimiento de los poderes públicos, y las segundas, como las «garantías de verdad», que tienen una «dimensión subjetiva y son protegidas mediante acciones de los tribunales de justicia»²⁷⁷. Esa protección jurisdiccional es y debe seguir siendo la «garantía más fuerte» para los ciudadanos ante cualquier violación de sus derechos.

Como bien apunta este autor, el contexto actual ha hecho que el Estado emerja como «actor institucional de primera importancia» y, con eso, las instituciones públicas asumen cada vez más el papel de «medio de cohesión social y de legitimidad ciudadana»²⁷⁸. Me parece lúcido defender, por lo tanto, que esas instituciones sean sólidas, fuertes para que puedan ejercer con efectividad sus funciones. Quizá hay que

²⁷⁷ Rafael J. Asensio. *Op. cit.*, p. 207.

²⁷⁸ Rafael Jiménez Asensio. *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 225-226.

replantear la Administración Pública y, con ella, redefinir las funciones de la administración de la justicia y el papel de los jueces.

El ordenamiento jurídico-político de los Estados Unidos de América busca, entonces, a través del control de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*), declarar nulas todas las leyes y todos los actos del poder legislativo manifiestamente contrarios a la Constitución. En ese punto, Hamilton deja claro en el ensayo federalista nº 78 que no se trata de asentar la superioridad del poder judicial sobre el poder legislativo, sino más bien asentar el resultado de la función del primero de interpretación de las leyes, así como la forma de controlar y equilibrar la actividad legislativa. Es un control, dirá Valdés, que «no tiene solo una finalidad jurídica, es decir, de protección del texto de la Constitución; sino también política, en la medida en que la Constitución es fundamentalmente un ámbito de garantías de los particulares, en una palabra, de las minorías»²⁷⁹.

La consagración del principio constitucional de la «supremacía federal», así como la consolidación del instrumento del control judicial de constitucionalidad de las leyes federales, ocurrió por la puesta en práctica a través de la política judicial de John Marshall, por la forma en que fue conducida la «construcción nacional del Estado federal norteamericano» y por el propio pronunciamiento contenido en *Marbury vs. Madison*²⁸⁰. Esta postura intervencionista activa del poder judicial a partir de 1812 empieza a ser cuestionada y a producir disconformidad, incluso dentro de la propia magistratura, que veía peligros en este activismo. Con eso, surgieron varias propuestas en el Congreso con el objetivo de detener ese intervencionismo activo judicial, propósito este que, de una forma o de otra, continúa existiendo. A mi modo de ver, de forma equivocada, pues el poder judicial fue diseñado como barrera legal para detener al poder legislativo (el contrapeso) y la posibilidad de control de constitucionalidad (*judicial review*) viene acompañada de la necesidad de posibilitar el ejercicio de este control de forma moderada y consciente por parte de los jueces, así como «encerrado dentro de sus límites»²⁸¹, previstos por la propia Constitución.

²⁷⁹ Roberto L. Blanco Valdés. *Op. cit.*, p. 159.

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 185.

²⁸¹ Expresión de Alexis de Tocqueville. *La democracia en América*, vol. I. Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 160.

Sobre la importancia de la Carta Magna para los americanos, Alexis de Tocqueville registra que la Constitución en Estados Unidos está «por encima tanto de los legisladores como de los simples ciudadanos», siendo la primera de las leyes y, por este hecho estaría justificada que «los Tribunales obedezcan a la Constitución con preferencia a todas las leyes»²⁸².

Lo que finalmente está claro son dos cosas: una, que «el problema de la nulidad se deriva de los propios principios que rigen todo sistema constitucional, es decir, todo sistema presidido por una ley fundamental» y, por lo tanto, el control de constitucionalidad por el poder judicial es absolutamente necesario en un Estado Constitucional de Derecho; y dos, que no todo está permitido a los jueces y a los tribunales, sino lo que está previsto en la Constitución, que es el marco de referencia para controlar el ejercicio material del poder judicial²⁸³, y el orden sistémico de todo el ordenamiento jurídico. Están limitados por los principios constitucionales²⁸⁴.

3.1.3 Evolución y adaptación en las sociedades modernas

Como se ve, la concepción del principio de separación de los poderes no siempre se fundamentó en la idea de equilibrio institucional. Esta idea surgió de una evolución muy influenciada por John Adams. De la teoría pura de la separación de poderes, que no consiguió impedir el uso arbitrario del poder, se pasó a consolidar la necesidad de equilibrar los poderes (el mecanismo de *balanced Constitution*) y que estos se controlen mutuamente²⁸⁵.

²⁸² *Op. cit.*, p. 158.

²⁸³ Roberto L. Blanco Valdés. *Op. cit.*, p. 161 y p. 148.

²⁸⁴ Véanse los siguientes casos: *United States vs. Peters* 9 U.S. 115 (1809) – el legislativo de los Estados no puede anular los pronunciamientos ni la jurisdicción de las Cortes de los Estados Unidos; *Fletcher vs. Peck* 10 U.S. 87 – decisión destacada de la Corte Suprema de los Estados Unidos en que se declara la inconstitucionalidad de una ley estatal. *McCulloch vs. Maryland* 17 U.S. 316 (1819) – la Corte Suprema de Estados Unidos firmó el posicionamiento de que el Congreso tenía autoridad para crear un banco y que el Estado de Maryland no tenía legitimidad para crear una ley para establecer el pago de impuestos para un banco de propiedad de la Unión Federal.

²⁸⁵ Rafael Jiménez Asensio. *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 61.

Asumamos que la formulación del principio de la división de poderes fue acabada por Montesquieu, que estableció la necesidad de dividir el poder en tres poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, para poder garantizar el funcionamiento de ellos en la medida en que se fiscalizarían entre sí, actuando como contrapesos entre ellos. Sin embargo, los padres fundadores dieron lugar con su praxis política a preguntas nuevas, que Montesquieu no podía contemplar. Las dos mas importantes fueron las siguientes: ¿Es la división de poderes un elemento esencial de la democracia? ¿El tamaño de la república es importante para la división de poderes?

Este constituye el desafío del número 10 de *The Federalist*²⁸⁶ a Montesquieu. Ackerman apunta que «el gran científico de la política creía que las repúblicas han de ser pequeñas. Publius cree que han de ser grandes, porque el gobierno deliberativo y representativo e inspirado en el espíritu cívico se da con mayor probabilidad en las repúblicas grandes»²⁸⁷. El Federalista piensa, en resumen, que las repúblicas grandes aumentan las circunscripciones electorales y de este modo amplían los votantes sus puntos de vista sobre los asuntos públicos, con lo que podrían discernir mejor el verdadero interés de su país y el amor a la justicia²⁸⁸. Sin duda, Publius da peso al tamaño, pues cree que al ampliar la variedad de intereses y de partidos mejora la democracia y se controla mejor.

Es más que sabida la larga tradición histórica que posee el principio de división de poderes, asociado siempre a la base democrática de las Constituciones y, por lo tanto, vinculado a la idea de Estado de Derecho y democracia representativa, primero por ser una forma de asegurar libertades de los ciudadanos y, segundo, por el hecho de garantizar a los gobernados una defensa de las arbitrariedades de gobiernos unipersonales. Sin embargo, Bruce Ackerman defiende que sería un exceso pensar que se trata de un elemento esencial a la democracia. En realidad, lo es del republicanismo. Para el autor, la democracia se define como expresión de la soberanía popular y, por lo tanto, ha de ser extendida a todos los ámbitos de la sociedad, debiendo potencializar el desarrollo de lo que él llama el «autogobierno popular», aumentando la participación popular a través del «parlamentarismo acotado» por instituciones como el referéndum, los plebiscitos, las consultas, así como la «participación de los gobiernos municipales en los gobiernos

²⁸⁶ Ensayo Federalista nº10 (Madison). Publicado en 29 de noviembre de 1787, bajo el pseudónimo “Publius”. Trata de cómo protegerse de las facciones, de grupos de ciudadanos con intereses contrarios a los derechos/intereses de toda la comunidad.

²⁸⁷ Bruce Ackerman (2015), *Op. cit.*, p. 221.

²⁸⁸ *Idem.*

federales», incorporando siempre elementos de justicia distributiva y de igualdad. En otras palabras, la división de poderes no puede ser llevada al extremo hasta el punto de verse divorciada de la sociedad civil y del Estado.

En este análisis, Ackerman rechaza guiarse por los modelos británico y estadounidense de división de poderes y propone como hemos visto el «parlamentarismo acotado»²⁸⁹. Así propone crear tres nuevos poderes autónomos que garanticen los derechos de los ciudadanos: a) el Poder supervisor de la integridad burocrática: que asegure la transparencia y trate los problemas de corrupción; b) Poder supervisor de la democracia: que busque salvaguardar los derechos de participación electoral de los ciudadanos; c) Poder autónomo de justicia distributiva: que garantice la existencia y permanencia de una política de justicia distributiva. Para él, aparte de la división de poderes, la democracia también debe ser evaluada por «la naturaleza de los vínculos entre la sociedad civil, la sociedad política, y el Estado, y por su capacidad de tener un impacto en la justicia social»²⁹⁰.

El autor analiza tres ideales: democracia, competencia profesional y la protección e implementación de los derechos fundamentales, que, según él, legitimarían la respuesta a la siguiente pregunta: «¿dividir el poder en beneficio de qué?». En la democracia, la división de poderes actuaría como un instrumento al servicio del proyecto del autogobierno popular; en el punto de la competencia profesional se trata de la importancia de que las leyes democráticas no sean meramente simbólicas, sino que sean implementadas de forma imparcial y, por fin, todo debe concurrir a la protección y realización de los derechos fundamentales.²⁹¹

De hecho, incluso en las dictaduras se usa el modelo de los tres poderes, aunque el poder que ejerzan cada uno de ellos esté sometido a la autoridad final de una sola persona, con lo que se aprecia que una mera diferenciación de instancias no asegura por sí misma la real separación de poderes o la independencia judicial. Para ello es necesario que cada instancia diferenciada se genere mediante una elección propia, específica y siempre vinculada a la autoridad democrática. Solo así las instancias diferenciadas de función se elevarán a poderes. Además, lo que sí caracteriza la división de poderes en una

²⁸⁹ *Op. cit.*, pp. 124. El autor defiende como punto central del modelo de parlamentarismo acotado la existencia de una «cámara democráticamente electa a cargo de seleccionar un Gobierno y promulgar legislación ordinaria».

²⁹⁰ Bruce Ackerman. *La nueva división de poderes*. Trad. de José Manuel Salazar. México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 18-24.

²⁹¹ *Ibidem*, pp. 18-24.

sociedad de orientación democrática es el papel de revisor o controlador que cada poder tiene sobre la actuación de los otros dos poderes, comprobando que sus acciones y decisiones no alteran el equilibrio fundamental de la sociedad para evitar así totalitarismos y patologías por exceso de poder en una de las ramas del Estado.

Nuestro próximo paso consistirá en identificar y valorar la evolución de la doctrina desarrollada por Montesquieu en las sociedades modernas. Aquí hemos dividido el estudio en sociedades políticas presidenciales, presentando como ejemplos Estados Unidos y Brasil, y en sociedades políticas parlamentarias, donde ponemos el foco en España y Alemania. Es importante aclarar que no se trata de hacer un repaso histórico profundo de la estructuración de los poderes de estos países, sino más bien un retrato de esta escena política y con esos datos discutir nuevas posibilidades para la cuestión del activismo judicial y si con él existe o no violación del principio de la separación de poderes.

Las consideraciones que se muestran a continuación pueden ayudar a comprender cómo y porqué la teoría de la división de poderes esbozada en la obra de Montesquieu *El Espíritu de las Leyes* ha resistido el paso del tiempo, con qué cambios y cómo su reformulación, en el sentido de mayor colaboración y un control recíproco entre los poderes, favorece una comprensión más abierta, hacia el futuro, de la Constitución y la percepción de un Poder Judicial más activo y más creativo.

3.1.3.1 Sociedades Políticas Presidenciales: Estados Unidos y Brasil

3.1.3.1.1 Estados Unidos de América

En la Constitución de los Estados Unidos de América, redactada en la Convención Constitucional de Filadelfia de 1787, estaba asentado claramente el principio de la separación de poderes basado en la idea de equilibrio y control institucional recíproco, de frenos y contrapesos (*checks and balances*)²⁹², colocando en «primer plano la cuestión de la relación entre la distinción de funciones y la articulación constitucional del proceso político»²⁹³.

La influencia de Montesquieu en la estructura de política-jurídica americana fue tan intensa que, el historiador Henry Maine (1897) llegó a decir que ni la institución de

²⁹² Rafael Jiménez Asensio. *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 66.

²⁹³ Rafael Agapito Serrano. *Op. cit.*, p. 136.

la Corte Suprema ni toda la estructura de la Constitución de Estados Unidos podrían haber ocurrido sin la publicación de la principal obra del pensador francés *El espíritu de las Leyes*. James Madison escribió en *El Federalista* 47 que se trataba de un «oráculo que era siempre consultado y citado»²⁹⁴.

En Estados Unidos se defiende la libertad individual por encima de todo, existe una constitución escrita que es la más corta del mundo, y la justicia defiende la libertad del individuo frente a las decisiones y abusos de los poderes ejecutivos y legislativo. El sistema de control estadounidense de constitucionalidad, usado como referencia por el modelo brasileño, es ejercido por todos los jueces y tribunales, poseyendo la Corte Suprema un papel fundamental a la hora de establecer los precedentes (principio *stare decisis*).

La Corte Suprema de los Estados Unidos fue ganando con el paso del tiempo el exclusivo poder de interpretación de la Constitución, basándose en sus precedentes interpretativos de la Carta Mayor²⁹⁵. Aunque esta evolución está siendo compensada con una creciente influencia de los poderes presidenciales y sus gabinetes jurídicos, nadie se atreve a cuestionarlo explícitamente. Obviamente, siendo la ley resultado de la legitimidad democrática, ese proceso de interpretación y revisión de las leyes debe ser siempre hecho con cautela y pensando en el sistema jurídico como un todo. En efecto, señala Jellinek en sus comentarios sobre la constitución estadounidense que el Tribunal Supremo debe ser prudente en este ejercicio de revisión jurisdiccional de las leyes y así lo ha sido en los primeros cien años de su historia, en la medida en que declaró inconstitucionales solamente 21 leyes de las 177 que fueron discutidas.

Además, nuestro autor defiende la importancia de diferenciar una reforma constitucional, que es la modificación de los enunciados constitucionales a través de un procedimiento propio previsto en la Carta Magna, respecto de una mutación constitucional, que es una alteración en el significado de los preceptos constitucionales sin que haya un cambio formal de sus enunciados²⁹⁶. Es decir, la Constitución está en

²⁹⁴ Véase <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers>. The Federalist 47. *Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts* (Madison).

²⁹⁵ André Brodocz. *Constitutional Courts and their power of interpretation*. In *Law, Politics, and the Constitution*. Frankfurt am Main, 2014, pp. 19-25.

²⁹⁶ G. Jellinek. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 15 y ss.

constante proceso de recreación, de adaptación a los diferentes momentos históricos a través de la Jurisprudencia de la Corte Suprema.

En un primer análisis el papel de la justicia como garante de la defensa del individuo frente al Estado está influenciado por una constitución ideada tras una guerra para conseguir la independencia de la colonia respecto de un imperio, defendiendo con ello la libertad del individuo frente a otros tipo de «actitudes imperiales» que pudieran surgir en un Estado que se está construyendo casi desde cero. El despliegue concentrado de su articulado, y la existencia de niveles legislativos federales y estatales, también determinan que en esta sociedad exista un entorno más propicio a la revisión continua de las leyes y su discusión y negociación entre los distintos poderes, facilitando con ello el papel de los jueces como creadores de doctrina y la aparición del activismo judicial.

El autor Rafael Serrano señala que la Constitución americana originaria colocó en primer plano «la cuestión de la relación entre la distinción de funciones y la articulación constitucional del proceso político», siendo el aspecto central el del «equilibrio y el control recíproco de los poderes del Estado». No obstante, la promulgación por vía de enmienda del *Bill of Right* (1791) abrió paso al control de constitucionalidad de la legislación²⁹⁷.

La importante y conocida sentencia *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137, de 1803) de autoría del juez Marshall de la Corte Suprema de Estados Unidos ratificó la necesidad del control de constitucionalidad de las leyes por el poder judicial a través de la «revisión jurisdiccional de la Ley». Autoridad esta otorgada por la propia Constitución, que funciona también como freno y límite al poder del legislativo y ejecutivo²⁹⁸.

Una de las más importantes consecuencias en el sistema de gobierno estadounidense que ha traído la teoría constitucional desarrollada en esta época (1776-1787) se ha dado en la esfera judicial. La doctrina del control judicial de constitucionalidad *-judicial review-* tiene una relación estrecha con la separación de poderes. Al decir de M. J. C. Vile, «la larga evolución de la independencia judicial en Inglaterra, el desarrollo de las teorías de Montesquieu pasadas a través del filtro interpretativo de Blackstone y la importancia que se daba a la independencia judicial en

²⁹⁷ Rafael de Agapito Serrano. *Libertad y división de poderes*. El «contenido esencial» del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu. Madrid: Tecnos, 1989, p. 136.

²⁹⁸ Rafael Jiménez Asensio. *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 73-74.

la América colonial fueron pasos fundamentales en el desarrollo del poder ejercido por los tribunales estadounidenses. Sin embargo, la separación de poderes, por sí sola, no es suficiente para establecer una doctrina del control judicial de constitucionalidad»²⁹⁹.

Ese control a través del poder judicial (*judicial review*) ha generado desde siempre un conflicto entre ambos poderes -legislativo y judicial- bajo la alegación de si el tribunal puede invalidar una ley promulgada por el Congreso elegido democráticamente. Tres casos son emblemáticos a este respecto: uno de 1954: *Brown vs. Consejo de Educación de Topeka* (*Board of Education* – 347_US), cuya decisión declaró inconstitucional la ley estatal que establecía la separación entre negros y blancos en las escuelas públicas; otro, de 2013 – *Estados Unidos vs. Windsor* (570_US), en el que se declara inconstitucional la ley de la Sección 3 de la Defensa del Matrimonio (DOMA) y el tercero, *McCutcheon vs. Comisión de Elección Federal*, en que la sentencia derriba los límites de los agregados en las contribuciones de las campañas políticas por violación a la primera enmienda constitucional³⁰⁰. Por estos y otros casos, surgirán críticas y acusaciones de activismo judicial contra la Corte Suprema.

Obviamente, el uso de esta revisión judicial y la consecuente declaración de inconstitucionalidad de una ley debe venir precedida siempre de mucha cautela y responsabilidad, una vez que las leyes poseen de antemano, en hipótesis, la presunción de constitucionalidad; pero eso no puede ser motivo para que el poder judicial se vea disuadido de intervenir cuando es necesario hacerlo, que es lo que pretende la «doctrina de evitación constitucional» (*The Doctrine of Constitutional Avoidance*).

Esta teoría implica la Restricción Judicial (*Judicial restraint*), que anima a los jueces a limitar su propio poder de interpretación, justamente lo opuesto del Activismo Judicial; incluye igualmente el Minimalismo Judicial (*Judicial minimalism*) que defiende que para mantener la estabilidad es necesario que el poder judicial haga el mínimo de cambios en las leyes constitucionales; y finalmente la doctrina de la Cuestión Política (*Political question doctrine*) que reza que el poder judicial debe directamente declinar de su papel siempre que el caso trate de una controversia política.

En efecto, conscientes de las posibilidades de abusos de poder, los constituyentes al elaborar la Constitución diseñaron el poder judicial como aquel que sería el responsable

²⁹⁹ M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 176.

³⁰⁰ Andrew Nolan. “*The Doctrine of Constitutional avoidance: a legal overview*”. En Kelly R. Doyle. *Constitutional Inquiries. The Doctrine of Constitutional Avoidance and the Political Question Doctrine*. New York: Novinka, 2015, pp. 3-40.

de interpretar la constitución y proteger sus principios y los derechos de los ciudadanos. Además, en el caso *Marbury vs. Madison* (5 U.S. 137, de 1803), el juez John Marshall dejó claro que la lógica de una Constitución escrita es justamente tener un poder judicial independiente que pueda intervenir e invalidar cualquier acto de los otros poderes que vengan a violarla³⁰¹.

No cabe duda de que las políticas sobre las cuestiones vitales y fundamentales de una sociedad deben ponerse en manos de la discusión del poder legislativo, que fue elegido para eso; pero el poder judicial no puede y no debe rechazar discutir en este ámbito si esas cuestiones llegan hasta él y, por lo tanto, pueden y deben ser fijadas por la Corte Suprema.

Un ejemplo claro de la importancia del sistema de frenos y contrapesos para la democracia americana y del papel de la Corte Suprema para preservar ese sistema es el actual presidente de Estados Unidos, Donald Trump. Bruce Ackerman, uno de los expertos constitucionalistas a nivel mundial, en su libro *The decline and fall of the American Republic*³⁰² preveía que en los Estados Unidos podría ser elegido un presidente marcado por el unilateralismo, autoritarismo, extremismo e irracionalidad, y lo razonaba por el cambio en la forma de elegir los candidatos a presidente, que ya no son elegidos por los líderes de los partidos a nivel estatal sino por los propios votantes, eliminando el elemento moderador del político profesional, lo que hace que el voto moderado se distribuya entre varios candidatos pero los votos más extremistas, tanto de izquierda como de derecha, se puedan concentrar en un solo candidato. La profecía se ha cumplido. Sin embargo, esto también incluía que el Presidente de los Estados Unidos vería muy aumentados sus poderes, lo que extremaría los peligros de una violación del principio de separación de poderes, en parte debido al aumento de sus iniciativas legislativas usando la administración (o burocracia) federal y las agencias regulatorias, algo que probablemente los creadores de la Constitución no pudieron prever, entidades que pueden ser controladas por el Presidente mediante el nombramiento de cargos políticos. Ackerman nos presenta números de la evolución de estos cargos políticos, diciendo que el número de puestos de alto nivel que requieren la confirmación del Senado creció de 196 en la administración Kennedy a 786 en la de Clinton y 1.141 en la de Bush hijo. Ello

³⁰¹ Andrew Nolan. “*The Doctrine of Constitutional avoidance: a legal overview*”. En Kelly R. Doyle. *Constitutional Inquiries. The Doctrine of Constitutional Avoidance and the Political Question Doctrine*. New York: Novinka, 2015, pp. 4-5.

³⁰² Bruce Ackerman. *The decline and fall of the American Republic*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 9.

hace posible que el ejecutivo pueda generar legislación o propuestas de ley incluso con más agilidad que el propio poder legislativo.

El mayor problema es que, como veremos más adelante al tratar el tema del activismo judicial, en el derecho constitucional americano está bien establecida la «doctrina de cuestión política», que entiende que las cuestiones políticas no deben ser apreciadas por la Corte Suprema porque no son cuestiones legales y, por lo tanto, no pueden ser judicializadas. Sin embargo, ambas cuestiones no son fácilmente discriminadas cuando la política presidencial pone en cuestión justamente las competencias de la Corte desde sus propias instancias jurídicas y sus gabinetes de asesores legales.

Defensor del parlamentarismo, Ackerman asocia el sistema presidencialista a la posibilidad de que surjan candidatos que se conviertan en dictadores, ya que se puede conceder la victoria a un candidato que solo tiene un apoyo real de una minoría y que sin embargo intenta controlar el Congreso y los tribunales en un esfuerzo para imponer su supremacía³⁰³. En el libro *The decline and fall of the American Republic*, analiza y propone una serie de reformas en temas como la necesidad de limitar la centralización del poder en la presidencia, la politización del alto mando de los militares, la creación de un proceso legal politizado en manos del ejecutivo (por ejemplo, la autorización legal para violar la legislación en vigor con los casos de la práctica de tortura), la relevancia de las elecciones primarias, etc., que generan el riesgo de la crisis constitucional de la democracia americana. En esta obra, el autor trata de discutir como la democracia estadounidense se ha desviado tanto de las premisas originales de los «padres fundadores» y está inmersa en un escenario muy distinto de aquel en que fueron formuladas³⁰⁴. Esto le ha permitido hablar de una weimarización de la constitución americana, dejando entrever así los peligros de inestabilidad propios de aquella república alemana.

Richard Posner nos hace recordar que los padres fundadores crearon muchos mecanismos de control del poder judicial federal. Uno de ellos impone que el sometimiento de los Tribunales a la jurisdicción en apelación al Tribunal Supremo está sujeta a las «excepciones y regulaciones que el Congreso considere que hay que

³⁰³ Marcos Augusto Gonçalves, Entrevista a Bruce Ackerman en el periódico *A Folha de São Paulo*, 12 de marzo de 2017. Disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/03/1865763-mentiras-de-trump-acirram-alienacao-nos-eua-diz-professor-de-yale.shtml>, acceso el 15 de julio de 2017.

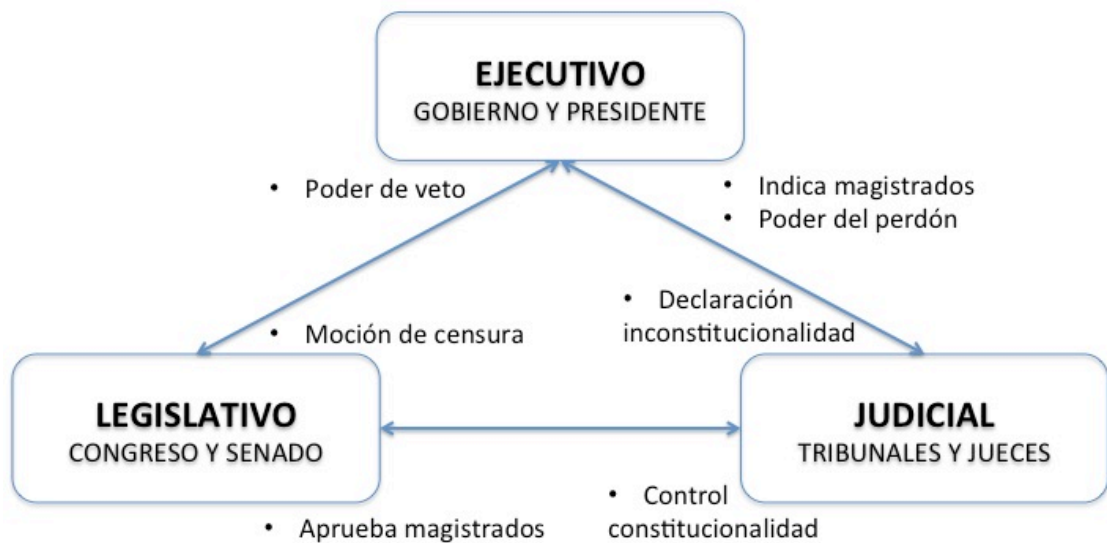
³⁰⁴ Bruce Ackerman. *The decline and fall of the American Republic*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, pp. 15 y ss.

imponer»; que existe el control por el Congreso del presupuesto de los tribunales; o que el Congreso controla también el número de jueces y los nombramientos y, por lo tanto, establece el «balance político» resultante en el seno del Tribunal, etc³⁰⁵.

3.1.3.1.2 Brasil

Analizando el sistema jurídico-constitucional en Brasil, vemos, *a priori*, algunos datos importantes: a) Brasil ha adoptado la forma republicana de gobierno, el sistema presidencialista y la forma federal de Estado; b) el principio de separación de poderes está previsto en el artículo 2º, de la Constitución de 1988, ocasión en que fue consagrado como *cláusula pétrea*, conforme a lo dispuesto en el artículo 60 § 4º del mismo texto legal; c) el principio republicano, asociado íntimamente a la idea de igualdad, sin privilegios, y a la cosa pública, fue consagrado en la Constitución de 1891, cuando se instauró la República y el Estado Federal. Se trata de un Estado democrático Constitucional de derecho y eso marca la necesidad de concretar los derechos fundamentales previstos en la Constitución, de reconocer que la soberanía pertenece al pueblo y de que debe haber participación política del individuo en la agenda del Estado. Para visualizar mejor la estructura de la división de poderes y algunos de los frenos y contrapesos en Brasil se puede ver el siguiente gráfico:

³⁰⁵ Richard A. Posner. *Como deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2011, pp. 173-174.



Como ocurrió con otros países, es importante observar que no siempre ha sido así. En algún momento, por el tema de la legitimidad democrática, la obra legislativa no pudo ser cuestionada por un Tribunal Constitucional (la Constitución de 1824 no preveía ningún control de constitucionalidad, sino más bien la soberanía del Parlamento, y fue solamente a partir de la Constitución de 1891 cuando se consagra dicho control) y, solo tras un largo proceso se pudo llegar a la posibilidad de que el Poder Judicial estuviera en condiciones de declarar la inconstitucionalidad de una ley y calificar a la Constitución como norma suprema, cuyo contenido detallado y preciso ha de imponerse sobre la obra del legislador y, por lo tanto, capaz de actuar como freno a su mal uso y como protección a los derechos de las personas³⁰⁶. Para corroborar esta nueva forma de actuar, la conducta de los agentes públicos en el ejercicio del poder, así como el sistema de valores públicos, son ejes fundamentales para que funcione bien el control entre los poderes y haya legitimidad del sistema institucional en su conjunto.

³⁰⁶ Rafael Jiménez Asensio. *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 164-165.

Para citar un ejemplo de como fue adoptada la separación de poderes en Brasil, con especialización funcional e independencia orgánica, y el papel del poder judicial en el control de constitucionalidad, mostramos la siguiente decisión judicial colegiada:

ENMIENDA: Separación e independencia de los Poderes: frenos y contrapesos: parámetros federales impuestos al Estado miembro. I. Los mecanismos de control recíproco entre los Poderes, los "frenos y contrapesos" admisibles en la estructuración de las unidades federadas, sobre la posibilidad de constituir materia constitucional local, solo se legitiman en la medida en que guarden estrecha similitud con los previstos en la Constitución de la República: precedentes. II. Consecuente plausibilidad de la alegación de ofensa del principio fundamental por dispositivos de la Ley estatal 11.075/98-RS (inciso IX del artículo 2º. y artículos 33 y 34), que confían a organismos burocráticos de segundo y tercer grado del Poder Ejecutivo la función de dictar parámetros y evaluaciones del funcionamiento de la Justicia: medida cautelar aprobada. (ADI 1.905-MC (Medida Cautelar en una Acción Directa de Inconstitucionalidad, ponente Ministro Sepúlveda Pertence, proceso de 19.11.1998, publicada el 05.11.2004) (la traducción y el subrayado es mío).

Se trata de una acción directa de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Magistrados Brasileños con pedido de suspensión cautelar del artículo 2º. y de los artículos 33 y 34 de la Ley del Estado de Rio Grande do Sul nº 11.075, de 6 de mayo de 1998. Transcribo aquí dichos artículos para una mejor comprensión del veredicto que aquí analizamos:

Art. 2º - Constituyen también objetivos de este código, balizar y evaluar la calidad de los servicios de naturaleza pública y bienes de uso común del pueblo, buscando la adecuación al uso y satisfacción de los consumidores, observadas las necesidades de universalización de los servicios y racionalización de los costos. En particular en las áreas de: I - energía eléctrica; II - aguas y alcantarillas; III - telecomunicaciones; IV - salud pública; V - educación básica; VI - Seguridad pública; VII - protección del medio ambiente; VIII - transporte; IX - justicia; X - Asistencia social básica.

Ar. 5º. Párrafo 4º - Las metas de los indicadores de que trata este código, después de ser votadas por los usuarios voluntarios, serán encaminadas por la AGERGS y la Secretaría de la Coordinación y Planificación para la aprobación del Poder Legislativo, cuando la presentación de los proyectos de ley de los presupuestos anuales.

Sección IX DE LA JUSTICIA

Art. 33 - Este capítulo define los indicadores básicos de los servicios públicos de la justicia en primera y segunda instancias en el Estado de Rio Grande do Sul.

Art. 34 - La cuantificación de los índices relativos a la justicia será calculada por los siguientes indicadores: I - tiempo medio de atención al ciudadano en las demandas judiciales; II - índice de satisfacción del ciudadano con los servicios de justicia; III - nivel de universalización de los servicios de justicia; IV - tasa de resolución de demandas de ciudadanos por justicia en plazos inferiores a 90 días; V - matriz de Calidad Técnica de la Justicia, indicador global, oriundo de la ponderación de los demás indicadores de este artículo. (la traducción es mía)

A través de esta ley, sancionada por el Gobernador del Estado de Rio Grande do Sul y aprobada por la Asamblea Legislativa de la misma unidad federativa, fue instituido el denominado «Código Estatal de Calidad de los Servicios Públicos». Este control de calidad de los servicios públicos sería ejercido por dos órganos del Poder Ejecutivo: la Agencia Estatal de Reglamentación de los Servicios Públicos y por la Secretaría de Coordinación y Planificación. Se reconoció en la decisión que era «flagrante y escandalosa la inconstitucionalidad al prever control de actividades del Poder Judicial por el Poder Ejecutivo, bajo penas de sanciones pecuniarias y de control presupuestario, afrontando directamente los artículos 2º, 96, I, a y b, y 99 (primera parte) y respectivo párrafo 1º, de la Constitución de la República»³⁰⁷. Dicha ley estatal desconsidera por completo el artículo 2º de la Carta Magna que establece que los «Poderes de la Unión Federal son independientes y armónicos entre sí». Además, la ley atribuye la función de dictar parámetros y evaluaciones del funcionamiento de la Justicia a organismos burocráticos de menor rango, de segundo y tercero grados del Poder Ejecutivo, lo que agravaría su situación de inconstitucionalidad. Este es uno de los ejemplos entre varios casos en que la Corte Suprema brasileña es llamada a declarar la inconstitucionalidad de leyes y actos normativos que violan el principio de la separación de los poderes.

José Afonso da Silva destaca el hecho de que la Constitución ha mantenido la cláusula «independientes y armónicos entre sí», que es propia de la división de poderes en el presidencialismo. Y aclara el significado de los términos: por independencia debemos entender que la investidura y la permanencia de las personas en los órganos del gobierno no depende de la confianza y voluntad de los otros poderes; que no precisan consultar ni necesitan autorización de otros órganos para el ejercicio de sus atribuciones;

³⁰⁷ Véase la decisión judicial en www.stf.jus.br.

que hay libertad, observadas las disposiciones constitucionales y legales, en la organización de los servicios; por armonía entre los poderes se debe entender las «normas de cortesía en el trato recíproco y en el respecto a las prerrogativas y facultades a que mutuamente todos tienen derecho»³⁰⁸.

Considerando la indiscutible importancia de la cual se reviste la función jurisdiccional, sobre todo en lo que dice respecto a la protección a los derechos fundamentales de los individuos, se previeron en la Constitución Federal de 1988 garantías funcionales, como la independencia y la imparcialidad de los miembros de poder judicial, así como garantías institucionales, tales como asegurar la existencia del poder judicial como una institución política fundamental del Estado Democrático de Derecho, con garantías de autonomía orgánico-administrativa y financiera. Y para proteger estos derechos fundamentales, sobre todo los de las minorías, en razón de mayorías parlamentarias, tenemos el control de constitucionalidad³⁰⁹.

La Carta Magna brasileña de 1988 perfeccionó el sistema judicial de control de constitucionalidad, previendo la combinación del método difuso-incidental (cualquier juez o tribunal puede ejercer el control de constitucionalidad de los actos y omisiones del poder público) con el centrado-principal (solamente el Tribunal Supremo Federal puede ejercer, a través de acción directa y en abstracto, el control de constitucionalidad de los actos normativos federales y estatales)³¹⁰.

Y como bien argumentó unos de los ministros de la Corte Suprema Brasileña «el principio fundamental de la separación de poderes, como *canon constitucional* interpretativo, reclama la pluralización de los intérpretes de la Constitución, mediante la actuación coordinada entre los poderes estatales -Legislativo, Ejecutivo y Judicial- y los diversos segmentos de la sociedad civil organizada, en un proceso continuo, ininterrumpido y republicano, en el que cada uno de estos intérpretes contribuya, con sus capacidades específicas, en el embate dialógico, en el afán de avanzar los rumbos de la

³⁰⁸ José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 109-110.

³⁰⁹ Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 2.

³¹⁰ Dirley da Cunha Júnior. *O principio do stare decisis e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de Constitucionalidade*. Artículo disponible en el site www.brasiljuridico.com.br. Acceso el 15/06/2017.

construcción constitucional y en el perfeccionamiento de las instituciones democráticas, sin intérpretes únicos y exclusivos de la Carta de la República»³¹¹.

Cuando hablábamos de los Estados Unidos en la sección anterior veíamos como Bruce Ackerman nos mostraba síntomas de la crisis del principio de separación de poderes. En Brasil también podemos ver datos y hechos que muestran síntomas de crisis en la aplicación real de este principio y que nos hacen pensar que es necesario realizar cambios. Hagamos, como ejemplo, un pequeño análisis de la generación de leyes federales, algo que en la teoría es el foco principal del poder legislativo, del Congreso y el Senado. Para ello podemos analizar las leyes aprobadas por el Congreso en el año 2015 usando el informe preparado por el DIAP, *Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar*, en el documento *Produção Legislativa. Leis sancionadas em 2015*³¹². En este informe vemos que se aprobaron 163 leyes ordinarias, 5 leyes complementarias y 6 modificaciones a la Constitución, pero de las 163 leyes ordinarias 18 trataban de fechas conmemorativas y 10 de homenajes, sumando esos dos conceptos significa un 18% de las leyes ordinarias aprobadas.

¿Qué regulan ese 18% de las leyes aprobadas? Asuntos como que se instituye el día 20 de junio como Día Nacional del Vigilante (ley 13.136 del 17 de junio de 2015), el día 31 de octubre como Día Nacional de la Poesía (ley 13.131 del 3 de junio de 2015), el día 8 de noviembre como Día Nacional del Médico Radiologista (ley 13.118 del 7 de mayo de 2015), o que el aeropuerto internacional de la ciudad de Pelotas pasa a denominarse Aeropuerto Internacional de Pelotas/RS - João Simões Lopes Neto (ley 13.113, del 9 de abril de 2015), en honor del escritor, folclorista y empresario brasileño del mismo nombre nacido en 1865 en esa ciudad. Como dato sobre la importancia de ese aeropuerto, el número de operaciones de entradas y salidas en ese año de 2015 fue de 2.103³¹³.

En otros países homenajes como ese ejemplo del cambio de denominación de un aeropuerto no necesitan pasar por el Congreso y usar los limitados recursos del poder legislativo, y tenemos un caso reciente en España, donde se cambió la denominación del

³¹¹ Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal do Brasil. www.stf.jus.br. ADI 5105/DF. Fecha del Juicio: 01/10/2015. Fecha de la publicación: 16/03/2016.

³¹² DIAP, *Produção Legislativa. Leis sancionadas em 2015*, disponible en http://www.diap.org.br/images/stories/2015_%20producao_legislativa.pdf, acceso el 16 de julio de 2017.

³¹³ Infraero, estadísticas operacionales de 2015, disponible en <http://www4.infraero.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/estatisticas>, acceso el 16 de julio de 2017.

principal aeropuerto del país para homenajear al primer presidente de la transición democrática mediante un instrumento denominado Orden Ministerial, sin necesidad de pasar por el Congreso. En este caso hablamos de un aeropuerto que ese año de 2015 tuvo 366.608 operaciones de entradas y salidas³¹⁴.

¿Qué ventajas aporta al ciudadano que el poder legislativo en Brasil emplee parte de su tiempo y recursos para ese tipo de leyes? Probablemente pocas, pero si lo vemos desde el punto de vista del diputado que ha hecho la propuesta, la visión es diferente ya que permite que para su reelección pueda decir que él personalmente ha conseguido que se apruebe su propuesta de ley sobre un asunto cercano a sus electores, y en un país donde en las elecciones no se vota a los partidos políticos, sino a los candidatos.

Si descendemos a nivel estatal o municipal, el porcentaje de leyes de poca relevancia aumenta, por ejemplo en la ciudad de Rio de Janeiro, el periódico *O Globo* analizó en 2016 todos los proyectos de ley presentados durante la legislatura por los concejales municipales y el 67% fueron considerados irrelevantes³¹⁵, incluyendo homenajes, hermanamiento con otras ciudades, nombre de calles, fechas conmemorativas y similares, como la concesión de la mayor condecoración de la ciudad (la medalla Pedro Ernesto) a 660 homenajeados. Además, añade que en 2016 en un 31% de las sesiones no se llegó al quórum mínimo de 7 concejales presentes de un total de 51 para poder realizar una votación, sin embargo, un proyecto de ley para obligar a organizaciones sociales que administran unidades médicas en la ciudad a que publiquen sus contratos en internet necesitó casi cinco años para entrar en la agenda de votaciones.

Y si hablamos a nivel estatal, ese mismo periódico, *O Globo*, en otro artículo describe que entre los años 2000 a 2010 se aprobaron 68.956 leyes estatales frente a 6.561 leyes federales, lo que da un total de 75.517 leyes (sin contar las leyes municipales), unas 18 leyes nuevas por día. Si sumásemos las leyes municipales el número aumentaría considerablemente debido a las 5.500 cámaras municipales existentes en el país con unos 55.000 concejales en total³¹⁶.

³¹⁴ Aena, *estadísticas de tráfico aéreo de 2015*, disponible en <http://www.aena.es/csee/Satellite?pagename=Estadisticas/Home>, acceso el 16 de julio de 2017.

³¹⁵ C. Barreto Briso, C. Bacelar y G. Ramalho, *O Globo*, 16 de octubre de 2016, disponible en <https://oglobo.globo.com/rio/vereadores-do-rio-67-das-propostas-foram-irrelevantes-20296894>, acceso el 16 de julio de 2017.

³¹⁶ A. Duarte y C. Otavio, *O Globo* 18 de junio de 2011, disponible en <https://oglobo.globo.com/politica/brasil-faz-18-leis-por-dia-a-maioria-vai-para-lixo-2873389>, acceso el 17 de julio de 2017.

El lector puede pensar que en este caso el sistema de frenos y contrapesos está funcionando de una forma diferente, haciendo que la falta de iniciativas parlamentarias relevantes empuje a los ciudadanos a buscar soluciones en el poder jurídico no solo para defenderse de los abusos del Estado, sino para reclamar también el cumplimiento de sus derechos constitucionales, como veremos en el resto de este trabajo, y aquí surge una serie de preguntas: ¿si se votara a los partidos políticos en lugar de a los candidatos existirían tanta propuestas de ley de homenajes y fechas conmemorativas? ¿Existiría el mismo nivel de activismo judicial en Brasil si el poder legislativo se dedicara a legislar en asuntos que fueran realmente relevantes para la ciudadanía? ¿Está el poder judicial mitigando las ineficacias del legislativo? ¿Previó Montesquieu realidades como estas?

Y continuando con esas estadísticas del año 2015 de la producción legislativa, al lector le habrá llamado la atención el elevado número de leyes relativas a homenajes y conmemoraciones, como hemos comentado, pero también el alto número de modificaciones a la Constitución, seis en un solo año, cuando en España la Constitución en vigor solo ha tenido dos desde 1978, frente a las 95 de la Constitución de Brasil desde 1988. El motivo parece estar en el elevado nivel de detalle de la Constitución de Brasil, que incluye temas que en otras constituciones se desarrollan a nivel de ley. Un ejemplo dentro de ese año de 2015 es la ley que aprueba la enmienda constitucional 88 del 7 de mayo de 2015, que altera el artículo 40 de la Constitución para permitir aumentar a los 75 años la edad de jubilación obligatoria para los jueces del Tribunal Supremo, el Tribunal de Cuentas y otros Tribunales Superiores, frente a los 70 años del resto de los funcionarios públicos. En las constituciones de los otros países que se estudian en este trabajo esos detalles no están en la Constitución, sino en las leyes que desarrollan los correspondientes principios constitucionales.

3.1.3.2 Sociedades Políticas Parlamentaristas: Alemania y España

3.1.3.2.1 República Federal de Alemania

Al igual que en algunos países europeos como España, el proceso constituyente para la promulgación de la Constitución alemana se produce tras la experiencia de un régimen totalitario, por lo que se acepta la división de poderes y se orienta hacia la protección de las libertades frente a posibles abusos del parlamento y como una forma de garantizar que las acciones del Estado son racionales y predecibles. El proceso constituyente se culminó con la promulgación el 23 de mayo de 1949 de la Ley

Fundamental de Bonn que fue aprobada en referéndum y entró en vigor el día de su publicación. Klaus Stern comenta sobre esa época en que fue aprobada la Ley Fundamental diciendo que fue: «una Constitución que surgía en un tiempo difícil, en el que el pueblo estaba en la miseria y en el que además teníamos que dirigir la mirada al Telón de Acero, que tenía aspecto de estar aún peor que la Alemania del Oeste».³¹⁷

Su promulgación solo cuatro años después del final de la Segunda Guerra Mundial, con el país dividido y gobernado en su parte oriental por un régimen comunista, probablemente hizo que se aceptaran sin más los principios de la defensa de los derechos fundamentales y la división de poderes, conceptos que ya aparecían en otras constituciones, y como también dice Stern «fueron la Constitución de Estados Unidos y otras Constituciones europeas, como, por ejemplo, la de Italia o Suiza, adonde algunos miembros del Consejo Parlamentario habían emigrado, modelo para algunos puntos de la Ley Fundamental»³¹⁸.

Sobre el principio de la división de poderes comenta Gámez Mejías que «en el articulado de la Ley Fundamental no existe ningún precepto que recoja la división de poderes como tal, pero la opinión mayoritaria sitúa en el artículo 20.2 la sede material de la diferenciación de órganos y funciones que, dependiendo de las interpretaciones, se entiende como la tradicional división de poderes o constituye una formulación propia»³¹⁹

En dicho artículo 20 podemos leer en sus tres primeros párrafos que «La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho»³²⁰

Según Gámez Mejías, «este artículo determina la vinculación de cada uno de los órganos a las normas, distinguiendo entre los legislativos, que solo están vinculados al orden constitucional, y el resto de los órganos que lo están a la Ley y al Derecho. Esto establece las relaciones entre órganos a partir de una concepción dinámica, marcada por la vinculación de la actividad de los órganos no legislativos a la Ley». Con ello se fijan

³¹⁷ Klaus Stern. Jurisdicción constitucional y legislador. Madrid: Editorial Dykinson, S.L. 2009, p. 158.

³¹⁸ Klaus Stern, *Op. cit.*, p. 159.

³¹⁹ Manuel Gámez Mejías. El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias. Madrid: Editorial Dykinson, S.L. 2004, p. 25.

³²⁰ Véase la Constitución Alemana.

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>. Acceso el 24 de junio de 2017.

las líneas principales de la división orgánica y funcional entre poderes en la Ley Fundamental, y en otras partes del texto constitucional se definen las relaciones de frenos y contrapesos entre estos poderes, como en el artículo 41 donde tratando el tema del control de las elecciones se dice que contra la decisión del *Bundestag* se admite el recurso de queja ante la Corte Constitucional Federal, o el artículo 61 que dice que el *Bundestag* o el *Bundesrat* podrán acusar al Presidente Federal ante la Corte Constitucional Federal por violación dolosa de la Ley Fundamental o de otra ley federal.

La Corte Constitucional Federal (CCF) se encarga, entre otras tareas, de interpretar la constitución en lo referente al reparto de poderes entre los órganos del Estado, como dice en el artículo 93 de la Ley Fundamental:

La Corte Constitucional Federal decide sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental respecto a controversias sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano supremo de la Federación o de otras partes investidas de derechos propios por la presente Ley Fundamental, o por el reglamento interno de un órgano federal supremo.

Sin embargo, para ilustrar la importancia relativa de esta función de interpretación de la Ley Fundamental en lo referente a las disputas entre los principales órganos de la República Federal frente a las tareas de interpretación de la Constitución en general, entre el 7 de septiembre de 1951 y el 31 de diciembre de 2016 se recibieron 226.107 procedimientos en la Corte Constitucional Federal, de los cuales un 96,61% eran quejas sobre la interpretación de la Constitución (recursos de amparo), y un 1,69% eran disputas entre los más altos órganos de la República Federal o entre los niveles de la Federación y los Estados.³²¹ Dado que los recursos de amparo pueden hacer referencia al principio de división de poderes, según afirma Gámez Mejías, «las referencias al principio de división de poderes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán han sido, a lo largo de los últimos cincuenta años, casi permanentes»³²².

Gámez Mejías vislumbra varias fases en el tratamiento de la división de poderes en la jurisprudencia constitucional alemana. En una primera fase se aprecian ya dos

³²¹ *Federal Constitutional Court, Annual Statistics 2016*. Disponible en http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Jahresstatistiken/2016/statistik_2016_node.html, acceso el 1 de julio de 2017.

³²² Gámez, *Op. cit.*, p. 26.

pilares: la limitación del poder como fin y objeto del principio y que la Ley Fundamental no recoge el mismo principio con la pureza y la rigidez propia de la separación de poderes, sino que «la distribución funcional del ejercicio del poder entre distintos órganos es una regla que admite excepciones»³²³, y esta interpretación flexible implica frenos y contrapesos para obtener un equilibrio que permita la limitación del poder estatal y con ello conseguir la protección de la libertad individual. Eso hace que el contenido fundamental sea el equilibrio constitucional entre los poderes con la prohibición del predominio de uno sobre otros, reservando un ámbito esencial o nuclear a cada poder en el que los restantes órganos estatales tendrían prohibida su actuación.

Esta primera fase duró hasta 1967 y durante estos primeros años el fin último de la división de poderes como principio fundamental de la organización del Estado es la limitación del poder mediante su distribución entre órganos distintos; pero no con una separación rígida, sino combinando también la imbricación funcional, lo que posibilitó que unos órganos ejerciesen excepcionalmente funciones que correspondían a otros, con el límite del ámbito funcional esencial a cada poder.

Durante esta primera fase se produce una de las sentencias más importantes de la Corte Constitucional Federal, el caso *Liith* de 1958, del que algunos autores dicen que es el equivalente alemán al caso *Marbury vs. Madison* de Estados Unidos³²⁴. Este caso abrió en Alemania una discusión sobre la extensión de los efectos de la Constitución, ya que normalmente los tribunales constitucionales u órganos equivalentes valoran la constitucionalidad de las leyes o actos procedentes de los órganos del Estado y su efecto en los individuos u otras partes del Estado, en general protegiendo los derechos del ciudadano frente a la acción del Estado, pero en este caso se trató de un efecto horizontal, protegiendo al ciudadano de las acciones de otros individuos o de entidades privadas como empresas o corporaciones, y se percibieron los derechos desde dos dimensiones, una subjetiva, propia del individuo a ser protegido, y otra objetiva, como valores concretos a los que la sociedad se compromete como un todo y cuyo mantenimiento es obligación del Estado.

³²³ Gámez, *Op. cit.*, p. 29.

³²⁴ *The judge as political theorist, contemporary constitutional review*. David Robertson, New Jersey: Princeton University Press, 2010. p. 48.

El caso *Lüth*³²⁵ trata del recurso de amparo de Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, en contra de una sentencia condenatoria del Tribunal Estatal de Hamburgo del 22 de noviembre de 1951, que lo había condenado por promover un boicot contra la película *Die unsterbliche Geliebte* (La amante inmortal) del director de cine Veit Harlan, que fue considerado uno de los principales directores de propaganda del nazismo, especialmente por su película *Jud Süß*, que fue realizada para ser usada como propaganda antisemita en la época nazi. La demanda contra la campaña de boicot de Lüth se amparaba en el artículo 826 del Código Civil alemán, que dice que «quien, de modo contrario a las buenas costumbres, cause daños dolosamente a otro, está obligado a la reparación del daño», e hizo que el tribunal estatal de Hamburgo considerase que las expresiones del acusado Lüth constituían un acto ilícito en contra del demandante, a lo que el demandado respondió con un recurso de amparo frente a la Corte Constitucional Federal argumentando que la sentencia violaba sus derechos fundamentales, particularmente su derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 5, párrafo 1 de la Ley Fundamental, que comienza diciendo que «toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos...». Sin embargo, el siguiente párrafo del mismo artículo dice que «estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal».

La cuestión fundamental era si las normas de derechos fundamentales recogidas en la Ley Fundamental podían tener efectos sobre el derecho civil y sus leyes generales y cómo debían ser esos efectos, ya que existe la tesis de que los derechos fundamentales se dirigen exclusivamente en contra del Estado, ignorando la posibilidad de que sean válidos también en el entorno jurídico privado y frente a cualquier persona. En este caso tanto el demandante como el demandado eran personas que no tenían conexión ninguna con el Estado en ese momento y el demandante usaba una ley general de derecho civil contra otro individuo.

La Corte Constitucional Federal llegó a la conclusión de que todas las acciones de todos los tribunales debían ser compatibles con ese artículo 5 de la Ley Fundamental,

³²⁵ BVerfGE 7, 198, disponible en versión traducida al inglés en <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>, acceso el 1 de julio de 2017.

independientemente de la naturaleza estatal o individual de los litigantes, estableciendo con ello un «efecto horizontal», y anuló la decisión del Tribunal Estatal contra Lüth.

La segunda fase de la Corte Constitucional Federal dura hasta los años ochenta y se caracteriza por consolidar y ampliar los postulados anteriores, aunque con lo que Gámez Mejías llama «algunas dudas que podrían, incluso, calificarse de retrocesos»³²⁶, como en las sentencias sobre el derecho de gracia,³²⁷ donde el poder ejecutivo invade claramente el ámbito del poder judicial al conceder un indulto y con ello cambiar el resultado de una decisión judicial. Lo que se discutía era la determinación de los ámbitos de las potestades de los órganos judiciales y del presidente federal, y sus equivalentes en los Estados, en casos donde se planteaba la admisibilidad de un recurso contra la denegación gubernamental de un indulto.

En la primera de ellas, BVerfGE 25, 352 de 23 de abril de 1969, en la que un condenado a prisión por fraude pidió el indulto alegando que había cometido los crímenes por necesidad. Ese indulto fue denegado a nivel estatal sin una audiencia y sin que el acusado tuviera acceso a los detalles de la discusión de su caso, por lo que entró con un recurso sobre su derecho a ser oído ante el juez (artículo 103 de la Ley Fundamental), restricción de sus derechos fundamentales (artículo 19 de la Ley Fundamental) y pidió la revisión constitucional de la negación de su indulto.

En este caso la sentencia entiende que el artículo 60.2, que trata sobre el derecho de gracia, ha heredado el sentido histórico del derecho de gracia, que ya estaba en el artículo 49 de la Constitución de Weimar y que también estaba en las prerrogativas de los monarcas en todas las constituciones de los estados alemanes del siglo XIX y también en la constitución del imperio alemán. Indica también que el legislador no optó por regular el derecho de gracia y simplemente lo transpuso en la forma histórica del perdón asignándolo al poder ejecutivo en la figura del Presidente de la República y de los Estados a través de sus constituciones, y por tanto debe considerarse un acto no sometido a la revisión judicial, y que incluso entre sus características está que es un acto que puede tener lugar sin petición, sin consentimiento, sin aprobación e incluso contra el deseo del beneficiario y que no necesita pruebas, por lo que es un acto que no puede ser infringido y por tanto está excluido de la verificación judicial su denegación.

³²⁶ Manuel Gámez Mejías, *Op. cit.*, p. 31.

³²⁷ BVerfGE 25, 352 de 23 de abril de 1969, disponible en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv025352.html> y BVerfGE 30, 108 de 12 de enero de 1971, disponible en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030108.html>, acceso el 9 de julio de 2017 con traducción al inglés de <https://translate.google.com>

También añade la sentencia que su sentido histórico, en el que una persona agraciada con una situación especial podía establecer un acto no jurídico de perdón, es incompatible con el sentido actual de la Ley Fundamental, en la que todo el poder de la nación deriva del pueblo, pero que el derecho de gracia actual del Presidente viene de la Constitución y no puede ser evaluado como una interferencia ilegal del ejecutivo, y que dicho derecho debe ser ejercido dentro de los límites constitucionales y por motivos basados en la justicia y las características individuales del caso, con una evaluación de su impacto en el reo y la comunidad. En resumen, esta situación se trata como una excepción que está reconocida en la propia Ley Fundamental, en su artículo 60.2, y está justificado como una excepción histórica.

En la segunda sentencia que comentamos, la BVerfGE 30, 108 de 12 de enero de 1971, a un condenado a prisión se le concede la libertad provisional, que más tarde es cancelada por considerar que el condenado no se está comportando como era de esperar durante su período de libertad, ya que no trabaja regularmente, entra en deudas considerables y no mantiene a su familia. El demandante reclama por la restricción de sus derechos fundamentales (artículo 19.4 de la Ley Fundamental: toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público podrá recurrir a la vía judicial), y en este caso la sentencia es a favor del demandante ya que se considera que una vez que la libertad ha sido restituida al acusado, esta no puede ser retirada de forma incontrolada por el ejecutivo, y marca la diferencia con el caso anterior diciendo que no es lo mismo que la denegación del derecho de gracia.

Con sentencias similares la Corte Constitucional va dando más importancia al fin formal del principio de la separación de poderes, al reconocimiento de una pluralidad de órganos con funciones típicas diversas como presupuesto para la obtención de la actuación idónea del Estado, empezando a usar la expresión ordenación competencial u orden funcional.

La tercera y última fase que identifica Gámez Mejías se inicia en diciembre de 1984 con un caso sobre la idoneidad del Gobierno para la firma de tratados internacionales³²⁸, donde la Corte Constitucional Federal entiende, según escribe el autor, que «el orden constitucional de funciones o vertiente formal del principio de división de

³²⁸ BVerfGE 68, 1 de 18 de diciembre de 1984, disponible en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv068001.html>, acceso el 9 de julio de 2017 con traducción al inglés de <https://translate.google.com>.

poderes responde al fin básico de idoneidad de la organización. Por esta razón, en caso de silencio constitucional ha de tomar la decisión aquel órgano que, dadas las circunstancias, ofrezca mejores garantías en función de una serie de variables»³²⁹. Este objetivo de conseguir la eficacia de la actividad estatal se sitúa como criterio fundamental para interpretar el contenido jurídico vinculante del principio de división de poderes actualmente.

Una sentencia de esta tercera etapa trata sobre el conflicto planteado por el grupo parlamentario Los Verdes contra el ejecutivo por autorizar la instalación de misiles nucleares del ejército norteamericano en territorio de la República Federal de Alemania sin haber obtenido la autorización previa del Parlamento alemán. El demandante reclama que la instalación de los misiles con carga nuclear significan una nueva dimensión cualitativa de los sistemas de defensa en relación con lo acordado hasta la fecha con Estados Unidos, y que al dar su consentimiento el ejecutivo viola las atribuciones del Parlamento, ya que ahora el Presidente de Estados Unidos, por tener poder exclusivo para usar el sistema de misiles, tiene la posibilidad de convertir el territorio alemán en un punto de represalia militar contra la Unión Soviética, lo cual significa traspasar al Presidente de los Estados Unidos la capacidad de decidir sobre la existencia de un caso de defensa en los términos del artículo 115 de la Ley Fundamental, transfiriendo parte de la soberanía alemana a un Estado extranjero, algo no permitido por la redacción actual del artículo 24 de la Ley Fundamental, lo que hace necesario que se hubiera modificado la Constitución con la intervención del parlamento antes de haber dado dicha autorización.

La Corte Constitucional Federal decidió a favor del Gobierno Federal (con siete votos a favor y uno en contra), argumentando que el consentimiento se dio dentro del contexto de la OTAN, a la que la República Federal ya pertenecía, por lo que no implica un nuevo acuerdo internacional, que no significaba una transferencia de soberanía ya que la situación era similar a la existente con otros sistemas de armamento que también podían transportar armas nucleares y no significaba una restricción real de la soberanía territorial o personal del país respecto a la situación preexistente. También dice que el acuerdo no viola los derechos del *Bundestag* debido a que es una decisión significativa para el Estado como un todo y que, por la regulación de competencias en lo relativo a los asuntos exteriores, no se justifica su delegación al *Bundestag*. Incluso recuerda que bajo el sistema parlamentario democrático existente, el gobierno esta democráticamente legitimado y

³²⁹ Gámez, *Op. cit.*, p. 36.

sujeto al control parlamentario, y que lo que cae en el poder de decisión del gobierno no puede ser transferido.

Para Gámez Mejías, el concepto más importante que ha elaborado la Corte Constitucional Federal alemana en la materia del principio de división de poderes es el de «ámbito nuclear o esencial de actividades o materias reservadas a los órganos del Estado». Según este autor «este ámbito supone la existencia de un límite constitucional infranqueable para cualquier órgano respecto a la distribución funcional típica del ejercicio del poder que realiza la Constitución»³³⁰.

3.1.3.2.2 España

Como se ha comentado anteriormente, aquí no se pretende analizar detalladamente el sistema institucional español, estadounidense y alemán, sino simplemente mostrar elementos de comparación concretos con el sistema brasileño para llegar a algunas conclusiones sobre el objeto de estudio de este trabajo.

La división de poderes ya aparece en la Constitución de Cádiz de 1812, aunque sin ser nombrada explícitamente. En su artículo 15 se lee que «la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey», en su artículo 16 que «la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey», y en el artículo 17 leemos que «la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley»³³¹. Como vemos son tres artículos de numeración consecutiva, que establecen la separación de poderes manteniendo la figura del Rey como responsable del poder ejecutivo, de forma similar a las primeras constituciones francesas que hemos visto anteriormente en este trabajo, y donde se le resta poder al antiguo régimen absolutista diciendo en su artículo 3 que «la soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a esta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales». Es interesante resaltar que en ese momento el país estaba inmerso en la denominada Guerra de la Independencia contra las tropas francesas de Napoleón Bonaparte, de 1808 a 1814, y con el rey Fernando VII exiliado en Francia.

Una diferencia sorprendente con otras constituciones de la época la encontramos en el tratamiento de la religión, ya que en el artículo 12 se lee que «la religión de la Nación Española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La

³³⁰ Manuel Gámez Mejías, *Op. cit.*, p. 41.

³³¹ *La Constitución de Cádiz de 1812*, véase en <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812.pdf>. Acceso el 19 de junio de 2017.

Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra». Como dice Manuel Segura, «nadie puede dudar que la religión católica era la mayoritaria en España y ello podía justificar la confesionalidad del Estado en aquel momento, pero la prohibición expresa del ejercicio de cualquier otra religión no solo consagraba la intolerancia, sino que, además, suponía una importante contradicción interna con los principios básicos del texto gaditano»³³²,

A la vuelta del exilio de Fernando VII en 1814 tras la guerra, la Constitución de Cádiz fue abolida mediante un decreto que restablecía la monarquía absoluta y que declaraba nula y sin efecto la Constitución de Cádiz de 1812. Tras la efímera Constitución de Cádiz ha habido otras como las de 1837, 1845, 1869, 1876 y 1931 hasta llegar a la Constitución de 1978, en vigor.

La Constitución Española de 1978 consagra la pluralidad orgánica -la Corona, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Parlamento (Congreso de los Diputados y Senado), el Gobierno y la Administración- y define sus funciones e incluso frenos y contrapesos (*checks and balances*) propios de los sistemas de gobierno que emplean la separación de poderes, tal y como hemos visto anteriormente en este trabajo. Para Gámez Mejías, «la Constitución responde a una estructura de ejercicio del poder constituido por una pluralidad de órganos, siendo la asignación de la parte del poder que a cada órgano corresponde, de carácter funcional, todo ello fundamentado, a efectos interpretativos, en el principio de división de poderes, en sentido tradicional»³³³.

Una prueba de que esa división de poderes no es rígida es la figura del Decreto-Ley recogida en el artículo 86 y que permite que el Gobierno pueda dictar disposiciones legislativas provisionales, e incluso el texto del artículo 87 donde se puede leer que «la iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras»

La cuestión de la soberanía es abordada ya en el artículo 1.2 diciendo que la soberanía nacional reside en el pueblo español y de este emanan los poderes del Estado, y prevé en su preámbulo y en diversos artículos tales como los artículos 1.1, 9.1, 9.3, 24, 53.1, etc. la necesidad de que la actuación parlamentaria esté condicionada por el cumplimiento de la ley y el Derecho.

³³² Manuel Segura Ortega, *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*. Santiago de Compostela: Francisco Puy Muñoz (coord.), 2002, p. 24

³³³ Manuel Gámez Mejías, *Op. cit.*, p. 43.

Como ejemplos de frenos y contrapesos vemos que el artículo 54 dispone sobre la posibilidad de que el Defensor del Pueblo supervise la actividad de la Administración, o el artículo 136.1 reza que el Tribunal de Cuentas es el «supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público», con lo que controla como el gobierno gasta el presupuesto del Estado, o los artículos relativos al Tribunal Constitucional, como el artículo 163, que establece que un órgano judicial puede plantear al Tribunal Constitucional que una ley pueda ser contraria a la Constitución.

Esta definición de una de las funciones del Tribunal Constitucional está en línea con lo que puntualiza Joan Oliver Araujo: «los tribunales constitucionales nacieron como jueces de la actuación del legislativo, vigilando que las cláusulas de reforma constitucional fueran respetadas e impidiendo que los textos normativos ordinarios pudieran vulnerar, de forma más o menos directa, la suprallegalidad constitucional»³³⁴.

También menciona Oliver que el modelo de justicia constitucional española está en consonancia con la tendencia de ampliar la esfera de las competencias de los tribunales constitucionales, y cita, mencionando al profesor José Luis Cascajo, como factores que han contribuido a ese desarrollo «la crisis de la concepción mecanicista de la separación de poderes, la difusión de sistemas constitucionales rígidos y con descentralización territorial, la fuerza expansiva del *judicial review* norteamericano, las limitaciones y alteraciones que ha experimentado la institución parlamentaria, la crisis del positivismo legalista, el tránsito de un sistema de soberanía parlamentaria a un sistema de soberanía de la Constitución y, finalmente, la búsqueda de una tutela efectiva de los valores superiores del ordenamiento jurídico»³³⁵.

Desde el punto de vista de la separación de poderes que estudiamos en este trabajo, destaca entre las competencias del Tribunal Constitucional la que indica el artículo 161 y su referencia al artículo 53 de la Constitución sobre el recurso de amparo, que significa que la Constitución encomendó la tutela de los derechos y libertades no solo a los jueces y tribunales ordinarios o al Tribunal Supremo, sino también al Tribunal Constitucional, y como escribe Oliver, «en consecuencia, y dicho sin eufemismos, el Tribunal Supremo esta obligado a seguir los criterios que marque el Tribunal Constitucional en este ámbito»³³⁶.

³³⁴ Antoni Monreal (ed.). *La división de poderes: El poder judicial*. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, Universitat de Lleida, 1996, p. 39.

³³⁵ Antoni Monreal (ed.). *Op. cit.*, p. 40.

³³⁶ Antoni Monreal (ed.). *Op. cit.*, p. 45.

Esta disposición española, en teoría, constituye una diferencia respecto al caso que hemos estudiado de los Estados Unidos, donde el Tribunal Supremo es la máxima autoridad judicial y al mismo tiempo supervisa el cumplimiento de los principios constitucionales. Sin embargo, en la práctica también en España el Tribunal Constitucional comienza a ser en realidad un Tribunal Supremo. A la pregunta que se podría hacer en el caso de Estados Unidos de ¿quién vigila al Tribunal Supremo?, en España la respuesta es clara: el Tribunal Constitucional. Como también escribe Oliver sobre el caso de España, «Las decisiones del Tribunal Supremo, se diga lo que se diga, han dejado de ser inatacables, y tal circunstancia no podía menos que ocasionar alguna oposición, tanto en la doctrina como en el propio estamento judicial»³³⁷.

Esta situación de frenos y contrapesos entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional puede derivar en que el recurso de amparo sea tomado como una nueva instancia judicial, de forma que muchos litigantes planteen el recurso de amparo cuando sus pretensiones no han obtenido un resultado favorable en la vía ordinaria, invocando el artículo 24.1 de la Constitución, que establece que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Sin embargo, como señala Oliver, «no se puede confundir el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales [...] con el derecho, bien diferente, a que estos accedan a la pretensión formulada»³³⁸.

Aunque lo mostrado en los párrafos anteriores puede evidenciar la existencia de roces entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional debido al recurso de amparo, también existe una clara cooperación entre los dos órdenes judiciales en el marco de la cuestión de inconstitucionalidad, introducido en el artículo 163 de la Constitución, cuando dice que «cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos», lo cual constituye un procedimiento de inconstitucionalidad claramente inspirado en la justicia de Estados Unidos. Como bien escribe Oliver, es importante resaltar que es el órgano judicial quien inicia el procedimiento, y para ello «el juez debe tener fuertes dudas

³³⁷ Antoni Monreal (ed.). *Op. cit.*, p. 45.

³³⁸ Antoni Monreal (ed.). *Op. cit.*, p. 47.

sobre la constitucionalidad de la ley, esto es, debe pensar que probablemente la ley sea inconstitucional, aunque no es preciso que tenga una absoluta certeza»³³⁹, y no tiene por qué formular la cuestión, aunque así se lo solicite alguna parte del proceso si no tiene dudas sobre la constitucionalidad de la ley.

Vemos en esta relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo un claro exponente de los denominados frenos y contrapesos propios de estados donde se aplica la división de poderes tal y como la hemos expuesto en otras partes de este trabajo. Sin embargo, en la Constitución de 1978 el principio de la separación de poderes no fue mencionado expresamente y el Poder Judicial, que es clasificado con frecuencia como el poder que menos poder posee, fue el único poder mencionado explícitamente como tal.

Posiblemente esa falta de referencias expresas a la separación de poderes viene dada porque la propia Constitución no hace una separación «clásica» de los poderes del Estado. De hecho el artículo 87 establece que «la iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras», cuando con una separación de poderes «pura y clásica» solo el congreso y el senado tendrían el poder legislativo.

Sin embargo el poder ejecutivo sí que está reservado solo al gobierno en el artículo 97, que dice que «el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la *potestad reglamentaria* de acuerdo con la Constitución y las leyes». No hay que mencionar que esa potestad reglamentaría condiciona de forma determinante la potestad legislativa, de tal modo que la invasión del poder legislativo por el ejecutivo es ingente, lo que ha dado lugar a que algunos especialistas puedan hablar de que el verdadero sistema de poder en España es la Dictadura de Gobierno.

Como vemos la constitución no hace mención explícita a la separación de poderes, pero sí menciona sus funciones legislativa y ejecutiva y habla del poder judicial como responsable de administrar justicia a través de los jueces y magistrados, a los que califica de independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. El motivo de ello está claro para Gámez Mejías, que afirma:

Sin duda, la Constitución no ha recogido el principio de división de poderes en su formulación tradicional de separación de poderes, consecuencia lógica

³³⁹ Antoni Monreal (ed.). *Op. cit.*, p. 49.

de que en el momento de la elaboración de la Constitución ya se habían superado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia las interpretaciones más rígidas de la división de poderes, es decir, aquellas que solo tienen en cuenta la vertiente de la separación funcional y orgánica, desconociendo la inevitable imbricación de poderes y funciones

En resumen, tenemos una separación de poderes clara desde el punto de vista de los poderes judicial y ejecutivo y un poder legislativo compartido entre las cámaras (Congreso y Senado) y el gobierno, y dado que el partido del gobierno puede tener mayoría parlamentaria absoluta es posible que un solo partido político y los grupos de interés que represente tengan el control de los poderes ejecutivo y legislativo.

¿Qué ocurriría en ese caso con el poder judicial? Una situación de mayoría parlamentaria de un mismo partido político durante varias legislaturas podría también influir en el poder judicial por la forma en que son elegidos los miembros del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. En el caso del Tribunal Supremo sus veinte vocales son propuestos por el Congreso y Senado, y en el Tribunal Constitucional sus doce miembros son nombrados de la siguiente forma: cuatro son designados por el Congreso, otros cuatro por el Senado, dos por el Gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial.

Sobre el efecto de esa forma de elección de los miembros del Tribunal Constitucional dice Rafael Jiménez que «su función de órgano constitucional imparcial y de reflexividad para resolver conflictos o controversias constitucionales se ve ampliamente desmentida por la política de nombramiento y selección de sus miembros, procesos en los que la transparencia está generalmente ausente y en los que los acuerdos transversales entre las dos fuerzas mayoritarias esconden difíciles equilibrios por meter siempre a uno de los nuestros»³⁴⁰.

Por todo ello podemos decir que en España existe una separación de poderes a nivel funcional que ya se describe en el texto constitucional, pero que tiene un cierto riesgo de ser excesivamente influenciada por una mayoría parlamentaria (de un solo partido o de una coalición de ellos) que tenga continuidad durante varias legislaturas.

Hemos descrito con ello los problemas que amenazan y tensionan el ejercicio de la división de poderes en regímenes presidencialistas típicos y en dos ejemplos de países parlamentarios puros. En los primeros, la posición concentrada del poder ejecutivo en la

³⁴⁰ Rafael Jiménez Asensio, ob. citada, p. 290.

figura de un presidente plebiscitario muestra serios peligros de ampliación de los poderes ejecutivos a través de gabinetes jurídicos parciales que producen la interpretación de las leyes desde el punto de vista presidencial, con la aspiración de dificultar las competencias de la Corte Suprema. En los países parlamentarios, esta posibilidad se reduce al menos formalmente, aunque los dispositivos constitucionales pueden, como hemos visto en el caso de España, generar la misma problemática de hipertrofia del poder ejecutivo. En el caso alemán, sin embargo, el mayor prestigio del Tribunal Constitucional le ha permitido un papel que va más allá del control de los poderes del Estado y es capaz de afectar y regular las relaciones horizontales entre ciudadanos.

Una problemática común a todos los sistemas es la de ajustar la división territorial propia de la descentralización política con la división de poderes tradicional y más en concreto con la capacidad de los Tribunales Constitucionales para mediar entre los órganos centrales y los federales. Esta problemática está destinada a aumentar considerablemente, dadas las tendencias de refuerzo del Ejecutivo en todos sitios. Y adicionalmente, como hemos visto antes en el caso alemán, los Tribunales Constitucionales van más allá del control de constitucionalidad puro, al intervenir en el control de los tratados internacionales con la aspiración de proteger los derechos de la población. Algunos de estos procesos evolutivos vamos a estudiarlos ahora en las sociedades actuales.

3.2 LA DIVISIÓN DE PODERES Y LAS SOCIEDADES ACTUALES

La realidad de cada país influye en el papel y el poder que se concede a los jueces e incluso está influenciada por su historia o por los motivos que llevaron a instaurar su constitución o sus principios legislativos básicos, hechos condicionados por una historia que a menudo pasó hace ya varios siglos. ¿Necesitamos la separación de poderes en los días actuales? Indudablemente la respuesta es sí, por varias razones, nos apunta Martin Belov. En primer lugar, sirve como parámetro de comparación y evolución; en segundo, genera legitimidad para las estructuras sociales; en tercer lugar, permite establecer teóricamente los conceptos normativos de las instituciones y, finalmente, sería una

respuesta coherente contra los totalitarismos³⁴¹. Ello no significa que tengamos que ignorar la evolución que ha sufrido en su aplicación real desde el principio clásico hasta la actualidad, como afirma Gámez Mejías:

*El principio de división de poderes perdió buena parte de su sentido prístino como principio fundamental de la organización del ejercicio del poder al desaparecer las divisiones sociales (nobleza, burguesía) en las que se basaba. Esto condujo, por una parte, al estudio objetivo de las funciones del Estado y, por otra, a plantear el problema producido por el hecho de que las funciones definidas objetivamente no coincidían con las competencias concretas que las Constituciones atribuían a los complejos orgánicos.*³⁴²

Como vemos aquí, la racionalización del Estado supone una continua evolución en la definición de sus funciones, y un continuo ajuste de estas con los órganos que pueden realizarlas. Como en todo sistema vivo, el de la separación de poderes tiene una dimensión objetiva y una dimensión subjetiva.

Hay que adoptar entonces una nueva perspectiva de separación de poderes, proyectada con el objetivo de que los poderes sean más eficientes y dinámicos para responder a las demandas y funciones que plantea una sociedad en evolución, cooperando entre sí para atenderlas y fortaleciendo las instituciones y las formas constitucionales en momentos de vulnerabilidad. Aquí es donde necesitan entrar en escena los jueces: proteger a la sociedad de la «vulnerabilidad ante las facciones». Es responsabilidad de los Tribunales hacerlo. Sobre la revisión judicial, ya en *The Federalist Papers* se señala la importancia de la independencia de los jueces y reconoce que «se necesitaría una dosis poco común de fortaleza de los jueces para cumplir con su deber como fieles guardianes de la Constitución si las invasiones legislativas de la misma hubiesen sido instigadas por la voz mayor de la comunidad»³⁴³. Al tratar de la problemática resultante de la relación entre mayoría y minoría en el Estado, en este mismo ensayo número 10 apunta Madison que justamente la preocupación en aquel entonces era cómo «asegurar el bien público y

³⁴¹ Martin Belov. “Separation of Powers reconsidered: a Proposal for a New Theoretical Model at the Beginning of the 21st Century”. En *Law, Politics, and the Constitution. New perspectives from Legal and Political Theory*. Frankfurt am Main: 2014, p. 51.

³⁴² Manuel Gámez Mejías, *Op. cit.*, p. 295.

³⁴³ Véase <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers>. *The Federalist 10. The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection*. (Madison)

los derechos privados contra el peligro de una facción (partido político que representa la voluntad de la mayoría) y, al mismo tiempo, preservar el espíritu y la forma del gobierno popular».

No se trata de defender aquí la corriente jurídica del constitucionalismo popular, cuya idea central es que la interpretación final de la constitución no pertenece solo a los jueces y sí al pueblo, sino más bien que los jueces, siendo parte del pueblo, deben mantener un diálogo directo con él. Se deben considerar caminos alternativos al formalismo y al positivismo que asignen un alto valor a la creatividad judicial, dado que los tribunales están interviniendo cada vez más en cuestiones políticamente sensibles. Esta creatividad genera el intenso problema en filosofía política de la manera en que puede ser legitimada tanto desde el punto de vista legal constitucional como desde el punto de vista de la soberanía popular. Encontrar caminos de mediación adecuada entre ambos aspectos constituye la clave de este trabajo.

Las nuevas funciones y papeles de los órganos del Estado, la contemporánea pluralidad de los sistemas políticos, la complejidad de las sociedades modernas y la amplitud de sus demandas deben traer como consecuencia una mejora y un nuevo y más adecuado proceso de división de poderes. Para eso defiende Belov que es útil enfocar la teoría de la separación de poderes sobre una variedad de puntos de vista: filosófico, positivista, sociológico, etc. para que se pueda promover un nuevo concepto con cuatro características relevantes: salir del marco poder-institución-función y, por lo tanto, retirar el foco de las instituciones como si estuvieran aisladas unas de otras; debe usarse el «enfoque funcional» y tener en cuenta al mismo tiempo la realidad social. Basándose en esto, sugiere el autor la existencia de nuevos poderes estatales, que apenas menciono aquí: relaciones externas, gestión de finanzas públicas, gestión de personas (*patronage power*) y política simbólica. Para Belov, estos deberían ser sumados a los tres poderes clásicos³⁴⁴.

Rafael Agapito pone de relieve nuevamente la cuestión terminológica para defender que le resulta lógico que la distinción se dé mediante las funciones, lo que parte de un criterio objetivo-material, y no a través de los poderes, cuyo criterio es subjetivo (los órganos), es decir, la división de poderes se refiere en realidad a la «distinción de las funciones». De esta forma, se permite a un mismo órgano la «cotitularidad de más de una

³⁴⁴ *Ibidem*, pp. 52-59.

función soberana»³⁴⁵, algo que como hemos visto se cumple de modo esencial en el caso español.

Lo que está claro es que, al buscar repartir las funciones del Estado entre tres poderes armónicos entre sí, la teoría de la separación de poderes lo que pretende es salvaguardar valores como la democracia, la eficiencia del Estado y la justicia. De lo que se trata es de repensar el principio de la separación de poderes para que con su actualización se pueda realmente frenar y controlar los poderes y para que esa división de funciones los haga más efectivos. En este sentido, Valentin Conerjo afirma que «la reinterpretación de la división de poderes en un sentido político de equilibrio supondrá la consecución de una visión más realista de las relaciones entre Política y Derecho, y permitirá la búsqueda de nuevas soluciones a los problemas actuales»³⁴⁶.

Desde luego queda claro que la división de poderes de la forma establecida actualmente, con esa mirada hacia su pasado tradicionalista, no conseguirá dar respuesta a los problemas actuales ni será efectiva ante las complejidades de las relaciones entre los poderes y las exigencias que una nueva concepción del Derecho pueda descubrir. Hay que tener una mirada más realista y buscar mejores mecanismos de control para que la separación de funciones no resulte en poderes sin efectividad.

Una vez mostrada la importancia del concepto y con un mejor entendimiento de la estrategia de la división de poderes, a continuación, trataremos de mostrar su relación con el activismo judicial, intentando fundamentar la necesidad de la actividad creadora de los jueces en este proceso y en una abierta comprensión de la Constitución. Sobre esta base me propongo a diseñar un nuevo marco para la división de poderes a fin de extender el sentido de protección de los derechos fundamentales a través del Estado. En las páginas que siguen procuraremos mostrar y aproximarnos a esa nueva perspectiva de la división de poderes, analizando la importancia de la búsqueda de la justicia material para impulsar los derechos fundamentales previstos en las constituciones.

³⁴⁵ Agapito. *Op. cit.*, p. 126.

³⁴⁶ Valentin Thury Conerjo. *Juez y división de poderes hoy*. Madrid: Ciudad Argentina, 2002, p. 395.

3.3 DERECHOS FUNDAMENTALES, DEMOCRACIA Y JUSTICIA MATERIAL

Mayoritariamente se puede definir la democracia como «un método de formación de las decisiones públicas: y precisamente como el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, o mejor, a la mayoría de sus miembros, el poder, directo o mediante representantes, de asumir tales decisiones»³⁴⁷. Repensando radicalmente la relación entre democracia y pueblo, afirma Luigi Ferrajoli que es una definición que trata de relacionar democracia únicamente con las *formas o procedimientos idóneos* (poder basado en la voluntad popular) para garantizar que las decisiones sean expresión de la soberanía popular. Sin embargo, señala el autor la necesidad de «integrar la democracia con la indicación de algún vínculo de carácter sustancial o de contenido»³⁴⁸, una vez que la concepción meramente formal de democracia no es suficiente para identificarla y fundamentarla adecuadamente.

Defiende el jurista italiano que la democracia no podría sobrevivir sin los límites sustanciales³⁴⁹, una vez que «es posible democráticamente, es decir, por mayoría, suprimir los mismos derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, la representación, en una palabra, todo el sistema de reglas en el que consiste la democracia»³⁵⁰. Y más, no es posible separar las concepciones de democracia, soberanía popular y derechos fundamentales constitucionalmente constituidos (nexo de compatibilidad), es decir, «no hay participación en la vida pública sin garantía de los mínimos vitales»³⁵¹, como es el derecho a la subsistencia, el derecho a la salud, etc. Señala el autor que aunque «para un sistema político pueda considerarse expresión, siquiera sea aproximativa, del “poder del pueblo”, no menos importante que sus formas representativas es que en él se garanticen, además del poder de la mayoría de sus representantes, esos contrapoderes de todos que son los derechos fundamentales»³⁵².

³⁴⁷ Luigi Ferrajoli. *Teoría del derecho y de la democracia*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 11.

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ Los derechos fundamentales, para Ferrajoli, «no solo son límites a su ejercicio concreto, sino que son también su substancia democrática» (*Ibidem*, p. 14)

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 11.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 12.

³⁵² *Ibidem*, p. 13.

La cuestión de como actuar con justicia en el poder judicial, no solo formalmente, sino materialmente es decisiva para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos previstos en las constituciones. Y como están estructurados los poderes del Estado nos indica cuál es su función y cómo deben actuar estos poderes y, acto seguido, cómo podemos responder a la pregunta de si el Derecho con la legalidad sin más alcanzará esa justicia material y será capaz de proteger o no los derechos fundamentales de los ciudadanos. Sobre eso trataremos en los próximos párrafos.

Existe una doctrina que defiende que la jurisprudencia debe interpretar la Constitución teniendo en cuenta los objetivos y propósitos originales de su redacción, a menudo conocidos como intenciones extendidas. Señala en este sentido, Ramón Ruiz que, de acuerdo con el originalismo, «la constitución debe interpretarse buscando las intenciones originales de quienes la redactaron» siendo esta «la única manera de salvar el carácter democrático» y ofrecer «uno de los argumentos más clásicos a favor de la supremacía del juez constitucional sobre el poder legislativo»³⁵³. Esto no significaría ninguna superioridad entre los poderes judicial y legislativo, sino más bien que la autoridad del pueblo es superior a ambos poderes. Y tampoco se trata de imponer la voluntad del juez, sino más bien la del poder constituyente.

Ciertamente, tampoco faltan situaciones donde la justicia constitucional no solo interpreta las intenciones originales de los creadores de la Constitución y su impacto en los derechos fundamentales del ciudadano, sino que también tienen en cuenta el impacto de sus decisiones en la economía del Estado para llegar a conclusiones que chocarían en otros países o sociedades. Un ejemplo es el denominado caso *Soobramoney* en la República de Sudáfrica en el año 1997, en el cual a un paciente, Thiagraj Soobramoney, con un fallo renal crónico se le denegó el servicio de diálisis en un hospital público de Durban alegando que los recursos eran escasos y estaban reservados para aquellos pacientes que podían curarse o recibir un trasplante, y en este caso el paciente ya estaba en estado terminal. El paciente ya no tenía dinero para continuar con los tratamientos en clínicas privadas y argumentó que el derecho a la vida recogido en la Constitución requería que el servicio de salud público lo admitiese.

El Tribunal Constitucional falló en su contra argumentando que el derecho al cuidado de la salud (*health care services*) que contempla la Constitución no es lo mismo

³⁵³ Ramón Ruiz Ruiz. *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2016, p. 92.

que el derecho a la vida, y usó el segundo punto del artículo 27 de la Constitución que dice que «el Estado debe tomar medidas legislativas y de otro tipo razonables, dentro de sus recursos disponibles, para conseguir la realización progresiva de cada uno de esos derechos», refiriéndose al punto primero de dicho artículo donde habla del derecho a los servicios de cuidado de la salud, incluyendo salud reproductiva, suficiente comida y agua y seguridad social incluyendo asistencia social. Según el veredicto se consideró que la política del hospital de priorizar a pacientes que podían recibir tratamiento estaba de acuerdo con la Constitución, y que si esa petición fuera concedida a todos los pacientes que piden acceso a tratamientos médicos caros o medicinas caras, el presupuesto de salud tendría que ser incrementado dramáticamente en perjuicio de otras necesidades que el Estado tiene que atender.³⁵⁴

El veredicto de este caso choca con el uso del activismo judicial en situaciones similares en otros países para imponer los derechos fundamentales del ciudadano frente a las decisiones del Estado, creando o descubriendo justicia y haciendo que los jueces no se comporten como meros aplicadores de la ley, sino que interpreten lo que es bueno o malo para el ciudadano al aplicar las políticas públicas, como veremos más adelante.

El profesor de Harvard Mark Tushnet apunta que el problema enfrentado por los jueces es cómo encontrar y construir para sus sentencias concepciones y percepciones de justicia material que sean compartidas y, defiende que este problema es análogo a las dificultades interpretativas que confrontan ellos –jueces y teóricos constitucionalistas– en muchos aspectos de la experiencia social³⁵⁵. En este sentido dice Tushnet que no se puede hablar de una Constitución al margen de la política, porque la Constitución es otra forma de política. El problema de mantener el orden social se repite³⁵⁶ de manera continua por el simple hecho de que el mundo en que vivimos cambia mucho y de forma constante por lo que esos cambios deben ser abordados por la transformación de las construcciones jurídicas acerca de la justicia.

El camino del control de constitucionalidad (*judicial review*) no ha sido fácil, en la medida en que se ha visto vinculado con la potencial tiranía del poder judicial³⁵⁷, el

³⁵⁴ David Robertson, *Op. cit.*, p. 243.

³⁵⁵ Mark Tushnet. *Red, White and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 58.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 68. Aquí cuestiona el textualismo de Douglas Laycock en todas sus formas, pues entiende que sufre el problema mencionado arriba.

³⁵⁷ Véase Alexander Mordecai Bickel. *The Least Dangerous Branch*. London: Yale University Press, 1986.

llamado *counter-majoritarian dilemma*, que puede ser resumido como la oposición al hecho de que el poder judicial pueda invalidar leyes que supuestamente representan el deseo de la mayoría, ya que proceden de un poder legislativo elegido democráticamente. Sin embargo, ya hemos visto anteriormente que el poder político como fenómeno sociocultural es uno e indivisible³⁵⁸ y la separación sirve para evitar la arbitrariedad en los actos de las instituciones que ostentan los poderes del Estado. Si el poder judicial no puede a través de la interpretación y del control constitucional analizar los actos del legislativo, porque en teoría representan la mayoría, entonces el poder del legislativo sería absoluto. Las revisiones constitucionales y el análisis de constitucionalidad de las leyes son fundamentales para el progreso del derecho y de la sociedad.

En la opinión de Mark Tushnet ningún enfoque del derecho constitucional puede restringir efectivamente ambos poderes –legislativo y judicial- es decir, la restricción a los jueces deja a los legisladores sin restricciones, y la restricción a los legisladores deja que los jueces puedan ser arbitrarios³⁵⁹. Esa no es la idea. No todo está permitido a los jueces, porque manda el principio de la legalidad en el Estado del Derecho. Los jueces pueden hacer lo que está previsto en ley en sentido amplio, tomando como base los principios y derechos fundamentales descritos en la Carta Magna. Sea lo que sea el activismo judicial siempre tendrá en la Constitución su línea roja insuperable.

Como bien enfatiza Joseph Raz, la persistencia del debate respecto a «los roles relativos de los hechos sociales y de los valores morales en la explicación del derecho» sugiere cuán difícil es encontrar la solución, pero entiende que para que el derecho pueda cumplir su función y, por lo tanto, goce de autoridad moral, «debe poder ser identificado sin referencia a los asuntos morales que reemplaza». Y sentencia: «este es el fundamento ético del hecho de que el derecho es una institución social»³⁶⁰. En efecto, de no aludir al derecho como fundamento de su justicia material, la invasión de las percepciones morales sería inevitable.

Es incuestionable que la seguridad jurídica es un valor «intrínseco y estructurante» del derecho, pero sin ese «deber» del poder judicial en declarar la nulidad de los actos legislativos manifiestamente contrarios a la Constitución no habrá seguridad jurídica,

³⁵⁸ Dirley da Cunha Júnior. *O Dogma da Separação das funções estatais no Estado Democrático de Direito: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes*. Artículo disponible en el site www.brasiljuridico.com.br. Acceso el 26/03/2017.

³⁵⁹ Mark Tushnet, Red, 1988, *Op. cit.*, p. 313.

³⁶⁰ Joseph Raz. *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 122-127.

pues los derechos y garantías constitucionales quedarán en nada. Las constituciones serían meras hojas de papel. Meramente simbólicas. Es sobre esa simbología y el papel del activismo judicial que trataremos a continuación. Emplearé la idea de «activismo judicial» en un sentido restringido. En estas condiciones es posible hacer justicia por medio del Derecho.

3.4 LAS CONSTITUCIONES CON ELEMENTOS «SIMBÓLICOS» Y LA IMPORTANCIA DEL ACTIVISMO JUDICIAL

Se llaman constituciones con elementos «simbólicos» a aquellas donde hay discrepancia entre la previsión constitucional de principios substantivos, derechos y garantías fundamentales y su ineficacia jurídico-normativa; es decir, son constituciones que formalmente albergan derechos que en la realidad no son asegurados, que contienen un exceso de disposiciones que carecen de aplicación y que dejan sin efectividad la norma constitucional por una falta de concreción jurídica del contenido normativo constitucional. Dicho de otro modo, no funcionan los poderes a través de los cuales se deberían hacer efectivos los preceptos constitucionales o desde donde deberían partir los controles para hacer posible su efectividad. Por lo tanto, esas disposiciones contenidas en las cartas constitucionales son meros símbolos, ya que no se han concretado las leyes o normas que las imponen ni las que las ejecutan.³⁶¹

Como ejemplo de constitución simbólica Marcelo Neves cita la Constitución brasileña de 1824 (denominada «Constitución política del imperio de Brasil»), donde se encuentran paradojas como el contenido del artículo 179, que trata de la inviolabilidad de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos brasileños, y que dice expresamente que quedan abolidos todos los privilegios que no sean esenciales por utilidad pública, junto con otros artículos como el 10, sobre la existencia de cuatro poderes políticos, el legislativo, el ejecutivo, el judicial y el moderador, este último por encima de los anteriores y ejercido por el emperador, de quien dice en su artículo 99 que su persona es inviolable, sagrada y no está sujeta a responsabilidad alguna y además es el jefe del poder

³⁶¹ Marcelo Neves. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

ejecutivo.³⁶² Al mismo tiempo se mantenía la esclavitud, que no fue abolida hasta 1888. Para Neves ese tipo de constitución es solo una muestra de buenas intenciones al servicio de los dueños del poder ante la realidad social a la que se enfrentan. Son estructuras utópicas al modo de la previsión de la Constitución de Cádiz de 1812, que incluso trata de la felicidad de los españoles cuando dice en su artículo 13 que «el objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen».

Otro ejemplo bastante actual de este tipo de simbolismo lo encontramos en el artículo 47 de la Constitución española, ubicado en el capítulo tercero que trata de los principios rectores de la política social y económica. Allí reconoce que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos»³⁶³. Y al tratar de las garantías de las libertades y de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Magna, el artículo 53 establece que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»³⁶⁴.

Queda claro aquí que el mero reconocimiento constitucional del derecho de vivienda no es por sí mismo suficiente para ser considerado un derecho subjetivo que pueda ser accionado en el poder judicial. Es necesario una ley que lo regule. ¿Y si no la hay? ¿Y si el derecho es jurídicamente inexistente, aunque esté previsto en la Constitución? ¿Y si existe la ley, pero no está actualizada con el contexto actual del Estado Constitucional de Derecho? ¿Y si directamente viola principios básicos como la dignidad de la persona humana? Eso genera un verdadero dilema para los jueces a la hora de juzgar por los conflictos que surgen con respecto al reparto de competencias, la famosa división de poderes; a los límites de la jurisdicción y el tema de la seguridad jurídica; a la

³⁶² *Constitución política del imperio de Brasil de 25 de marzo de 1824*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm, último acceso el 25 de junio de 2017.

³⁶³ Véase *Constitución española*. Artículo 47, disponible en <https://www.boe.es/>, acceso el 28 de Junio de 2017.

³⁶⁴ *Ibidem*. Artículo 53.

propia función del poder judicial y su relación con la justicia social, etc. Y aquí es donde es importante reflexionar sobre el papel creativo del juez, que, en mi opinión, todos los jueces tienen potestad de ejercer. El propio artículo 10, párrafo 2, de la Constitución Española estipula que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁶⁵ y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»³⁶⁶. Es decir, permite al cuerpo de juristas el uso de estos textos legales, la normativa de la Unión Europea y los Convenios internacionales suscritos por el país para evitar que el derecho perezca, para proteger y dar eficacia a un derecho fundamental, como es el derecho a la vivienda, por ejemplo. De nada vale tener una Constitución garantista, sin dar en la práctica la fuerza obligatoria y necesaria para tornar los derechos allí reconocidos en derechos efectivos.

Demasiado a menudo, los derechos humanos y las garantías fundamentales son violados o simplemente ignorados, lo que en la práctica da el mismo resultado. Owen Fiss nos enseña a tratar los derechos humanos primariamente como «ideales sociales», como verdaderas «aspiraciones» para que así puedan tener calidad universal, puedan ayudar a identificar las características que toda sociedad debería tener y reconocer que «no son la expresión de una utopía sin fundamentos, sino que dan sentido a las expectativas y demandas que tienen lugar aquí y ahora»³⁶⁷.

En esta exposición se trata de mostrar las cuestiones que permiten caracterizar a determinados elementos de las constituciones como simbólicos y la importancia del activismo judicial respecto a ellas. En este sentido, las posiciones que defienden que el uso del activismo judicial es una violación del principio de separación de poderes, demuestran más que nada el deterioro que ha alcanzado la propia concepción tradicional de esta teoría. A mi modo de ver, y aquí hay que enfatizar, lo que está fuera de lugar no es el activismo judicial, sino que existan derechos y garantías fundamentales que no

³⁶⁵ Dicha declaración fue adoptada por la Resolución nº 217 A (III), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, realizada en París, en 10 de diciembre de 1948, como forma de garantía a las personas frente a los poderes políticos. Véase también la Carta de la ONU, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea de Derechos Humanos, etc. Documentos que empiezan a dar la idea de la posibilidad de una «Constitución embrionaria del mundo» (para hacer uso de una expresión de Ferrajoli (ob. cit. 2011, p. 479).

³⁶⁶ Véase *Constitución Española. Op. cit.*

³⁶⁷ Owen Fiss. Los mandatos de la justicia. *Ensayos sobre Derecho y derechos humanos*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 26.

produzcan efecto jurídico alguno y que no generen ninguna vinculación ni ninguna responsabilidad por su falta de cumplimiento.

Indudablemente, el pueblo debe confiar en las instituciones democráticas de una sociedad y esa confianza depende de la eficiencia y eficacia de los poderes en lo que se refiere a lo fundamental en cualquier colectividad: proteger los derechos fundamentales del ciudadano. Uno de los factores que lleva al aumento de la judicialización de la política, sin duda alguna, es la pretensión de ejercer la política a través de comandos técnicos de validez universal, pero insensibles a los problemas materiales de cada sociedad en particular. Respecto a ese proceso, consciente de que en los últimos años se está configurando una nueva relación entre Derecho y Política, entiendo que es extremadamente necesario un nuevo paradigma de actuación de los jueces que sea capaz de transformar y solucionar la crisis de confianza en las instituciones del Estado y afrontar el reto del papel que ha asumido el Poder Judicial en las sociedades actuales.

En la actualidad el modelo de frenos y contrapesos, de equilibrio institucional, se está degradando y por ello se le pide al Poder Judicial que trate nuevos asuntos, temas que deberían solucionar otros poderes del Estado, pero ante la inercia, falta de interés en solucionarlos o la continua negativa por parte del poder ejecutivo y legislativo, los ciudadanos acuden a los jueces como su última esperanza de encontrar justicia. Esa elevación de sus quejas al juez es la manifestación de una ciudadanía activa que debe ser promovida en ausencia de canales de representación política o incluso contando con la eficacia de estos. La ciudadanía activa, al dirigirse a los magistrados muestran su virtud política y su compromiso ciudadano y los promueven generando una sociedad más atenta y capaz de afinar sus perspectivas de justicia.

Actualmente, el Poder Judicial viene actuando de forma muy importante en el ámbito social y de la política. Esta actuación es vista por algunos como una violación del principio de la división de poderes en la medida en que el poder judicial se inmiscuye en funciones propias de otros poderes y, para otros, como parte del proceso de adaptación y evolución de las instituciones y sus conceptos y modelos. Tal y como se ha dicho, se hace hincapié aquí en que las leyes son meramente simbólicas, es decir no sirven para nada, si no hay un poder judicial fuerte que las interprete y les dé su verdadero significado y, sobre todo, que las pueda salvaguardar. Por eso hablamos de racionalización material y, no simplemente formal. Mediante ella, la sistemática formal del sistema jurídico produce efectos materiales sobre la sociedad.

Es impresionante la energía empleada por los críticos si pensamos en su reacción ante la creación de derecho a través del poder judicial, pero no hay una reacción equivalente ante el incumplimiento de muchos de los derechos fundamentales de la Constitución. Cegados por sus puntos de vista, los críticos al activismo judicial son incapaces de admitir la posibilidad de una convivencia armónica entre la actividad creadora e innovadora de los jueces, el principio de la separación de poderes y la seguridad jurídica propia de un verdadero Estado de Derecho.

Después de estas lecturas sobre el tema, surgen las siguientes preguntas: ¿Cómo es posible pensar en una división de poderes en la que los mismos, sobre todo el poder judicial que es el que nos interesa especialmente, estén conectados de algún modo con las bases democráticas de nuestras constituciones? ¿Es posible pensar en un poder ciudadano como un cuarto poder que pueda influir no solo con sus opiniones en el legislativo o en el ejecutivo, sino en las decisiones de los jueces? Ese poder ciudadano, que es el poder soberano que un día fue el poder constituyente creador de la Constitución, sería representado por el poder de asociación pública, de la sociedad civil, la acción popular, etc. Sería una especie de poder regulador y al emitir sus puntos de vista como opinión informada y común tendría una forma de persuadir al poder judicial. Si los partidos políticos presionan e influyen en el poder legislativo y los *lobbys* en el poder ejecutivo, el poder ciudadano ejercería esta fuerza sobre el poder judicial, tal y como defendía Max Weber en el sentido de presionar al líder carismático para que este atienda los intereses materiales de la masa. Sin embargo, ¿quién sería el equivalente al líder carismático respecto del poder judicial? Si pensamos en la figura del juez, ¿ese cambio no debe ser hecho por el poder judicial como un todo? ¿Pueden hacerlo los jueces de forma aislada?

Ahora bien, si confirmamos la posibilidad de un diálogo jueces-pueblo, ¿pueden los jueces llevar al pueblo hacia nuevos valores más elevados? Ackerman entiende que no es una competencia especial. Esta es una tarea de los ciudadanos, dice Ackerman, que pueden, «tras invertir muchas energías en ello, conseguir ganarse (o no) la aprobación meditada de una mayoría de sus compatriotas. Aquello para lo que los jueces están especialmente preparados es para preservar los logros de la soberanía popular durante el largo período de nuestra existencia pública en el que la ciudadanía no se moviliza para conseguir nuevos logros constitucionales»³⁶⁸.

³⁶⁸ Bruce Ackerman. *We the people*. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador, 2015, p. 170.

En la propuesta de Rafael Serrano, no debemos entender la Constitución como «algo permanente y, por tanto, atemporal», como si fuera una «norma marco», sino más bien que «la Constitución incorpora siempre unos contenidos jurídicos históricos y que tiene por lo tanto un sentido político» y esta perspectiva nos ayuda a ver que «la vigencia de la Constitución incluye, junto al aspecto de la seguridad jurídico-constitucional, el de la realización política de los contenidos jurídico-fundamentales» y que «estos derechos deben impregnar todos los ámbitos de la sociedad»³⁶⁹.

Los críticos al activismo judicial, en general, están vinculados al legalismo, que, en las palabras de Richard A. Posner, parten del «supuesto de que las decisiones judiciales está predeterminadas «por el derecho», concebido este como un cuerpo de reglas preexistentes establecidas en materiales jurídicos canónicos tales como textos constitucionales y legislativos y las decisiones previas del mismo tribunal o de otro superior; o bien de las reglas que pueden ser derivadas de esos materiales por medio de operaciones lógicas» y no «por las características del juez que son idiosincrásicas, en el sentido de que varían según cada uno de ellos, tales como su ideología, personalidad y su trayectoria individual». Para los legalistas lo que vale como fuente del derecho es el imperio de la ley (*the rule of law*).³⁷⁰ No ven la posibilidad de que el juez como institución pueda invocar razones que no son idiosincráticas de su personalidad, sino propias de su función.

Como conclusión, en la tarea de defender los derechos fundamentales previstos en las constituciones en general, poner en práctica la justicia material y salir del «simbolismo», es un hecho más que notorio de que la Justicia se ha convertido en el escenario de resolución de varios frentes de la vida pública, donde el Tribunal Constitucional ha asumido una relevancia y una centralidad sin precedentes, siendo especialmente evidente, en los días actuales, los fenómenos del activismo judicial y de la judicialización de la actividad política y social. Es sobre estos temas que trataremos en el próximo capítulo.

³⁶⁹ Rafael de Agapito Serrano. *Libertad y división de poderes. El «contenido esencial» del principio de la división de poderes a partir del pensamiento de Montesquieu*. Madrid: Tecnos, 1989, pp. 165-166.

³⁷⁰ Richard A. Posner. *Como deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 53.

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO 4 SOCIEDAD Y DERECHO: DEMOCRACIA Y EL PODER CIUDADANO Y SU RELACIÓN CON EL PODER JUDICIAL

4.1 EL PAPEL DEL PODER JUDICIAL Y LA INNOVACIÓN EN LA DIVISIÓN DE PODERES

Es notorio que existe un aumento de las reclamaciones de la sociedad sobre la forma de gestionar la política por parte de los gobiernos y, por eso, cuando son insatisfechas, crecen las demandas que llegan a los juzgados en busca de respuestas del poder judicial. Y dependiendo de cómo esas demandas sean recibidas y tratadas por el poder judicial, podremos hablar de un camino hacia la renovación del derecho o no, hacia la creación de derechos materiales efectivos en sede no parlamentaria. Por lo general las instancias judiciales que trabajan como institutos no electivos no tienen asegurada su relación con las instancias informadas de la opinión pública. Y como resulta claro, los sistemas de jurado no garantizan esa relación. Nuestro problema es cómo entender la actividad judicial cuando se hace eco de las demandas populares, como responden los demás poderes a ellas.

Dentro de este contexto de crecimiento de las demandas al poder judicial para solucionar conflictos que muchas veces deberían ser solucionados desde la política, empiezan a surgir muchas preguntas sobre la arquitectura institucional del Estado y la sociedad, porque ya está más que demostrado, como bien sostiene Eugenio Bulygin, que esta separación inflexible entre la «función del poder legislativo como creador de las normas generales y el poder judicial como mero aplicador de esas normas resulta insostenible»³⁷¹. ¿Cómo se hacer oír la sociedad y como escucha el juez? ¿Cómo se expresa, cómo se banaliza, cómo persuade, cómo es escuchado el poder ciudadano por el poder judicial? Quizás, para diseñar una nueva teoría de la división de poderes, debamos encontrar las respuestas a estas y otras preguntas relacionadas con el activismo judicial, que surge para llenar ese hueco dejado por la política parlamentaria, así como para la redemocratización de la justicia, que trataremos más adelante.

³⁷¹ Eugenio Bulygin. “Los jueces ¿crean derecho?” En *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 21-37.

Es bien sabido que muchos estudiosos ya trataron el tema del activismo judicial. No interesa resaltar aquí solo los pros y contras de esta actuación positiva del poder judicial, sino que, como se ha dicho, el propósito es profundizar en una vía que aunque no es totalmente nueva, sí que es poco explorada: el papel y la actuación del poder ciudadano en la esfera judicial y cómo esa nueva forma de pensar la cooperación entre los poderes y su relación con el pueblo puede ayudar a la eficiencia del poder judicial en la solución de los conflictos sociales y políticos de la sociedad y en el ejercicio del activismo judicial. Y para que ocurra esta cooperación, esta comunicación, las razones para las decisiones judiciales deben ser transparentes.

Haciendo hincapié en la teoría del discurso defendida por Robert Alexy, el autor afirma que «el principio del discurso exige la democracia deliberativa» y, en ella «todos los implicados discuten sobre la solución política correcta», presuponiendo una «racionalidad discursiva»³⁷². Si esto es así, entonces ese conjunto de prácticas deliberativas puede configurar la posibilidad de creación de un cuarto poder: el poder ciudadano. Actualmente, tenemos el pueblo, como el poder soberano, y los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Aquí el pueblo en su deliberación también se divide para influir en cada uno de los poderes. Con actos diferenciados, aunque sean todos ellos políticos. Y no influye de la misma manera en los diferentes poderes. En la teoría política clásica el pueblo es en general impotente y todo está controlado por las relaciones entre los poderes del Estado y entre estos y los poderes *de facto*. Representándolo, tendríamos el esquema de la figura 1:

³⁷² *La doble naturaleza del derecho, Op. cit.*, pp. 40-41.

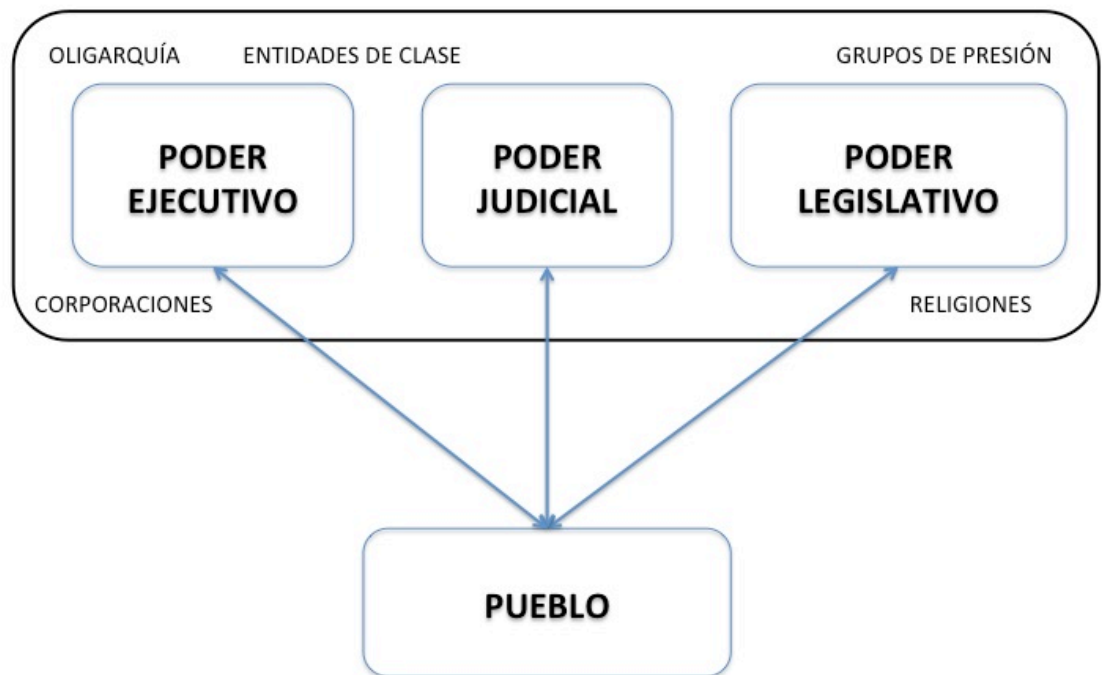


Figura 1 – La posición del pueblo y los tres poderes del Estado

Repensando esa teoría, tendríamos que el pueblo sigue, por supuesto, como poder soberano, pero aquí el pueblo tiene que articularse: cómo el pueblo se presenta, si influye o no influye en el juez. Puede haber ciudadanos activos, carismáticos, pero no estamos en la teoría de la soberanía, y sí en una teoría de división poderes. Estamos hablando de la producción de sentencias, no de la producción de legislatura. Quizá sea una división sociológicamente oportuna, representada en el esquema de la figura 2:



Figura 2 – La posición del pueblo y el poder ciudadano informal y el poder judicial y los otros poderes

No se puede olvidar que el protagonismo del poder judicial viene acompañado del protagonismo de los ciudadanos también, directamente o representados por los miembros del Ministerio Fiscal, por partidos políticos o grupos de interés, que pasan a influir de alguna manera en la confección de la agenda de las políticas públicas a través de la vía judicial. De ahí la importancia del poder ciudadano. Por no hablar de los sistemas judiciales que incluyen la acusación particular, una especie de fiscalía informal de naturaleza amateur.

Las sociedades son cada vez más plurales y requieren, por consiguiente, una participación creciente de los ciudadanos en el espacio público y, por lo tanto, es fundamental que los jueces escuchen la voz del poder ciudadano y que ese «cuarto poder» pueda tener voz y presencia activa e interactuar con los otros poderes. Esa participación de los ciudadanos ayuda a mejorar la toma de decisiones, hace más transparente las gestiones y facilita el control de los poderes.

Está claro que la posición del juez no puede ser «ni siervo pasivo de la opinión pública ni de la ley»³⁷³. El poder ciudadano informal sería el eje articulador de una nueva forma de diseñar la división de poderes y la propia relación entre la sociedad y el poder judicial, promoviendo así la necesaria transformación del Estado de Derecho en un Estado de Derecho democrático y participativo que esté vinculado materialmente con la idea de justicia y con la efectividad de los principios y valores fundamentales adoptados en la Constitución. Eso ayudaría a dirimir el conflicto mencionado anteriormente sobre la legitimidad del poder judicial y el tema de la representatividad popular. Sin embargo, sobre todo, no obligaría a alterar el papel y el peso del poder judicial en la cooperación entre los poderes formalizados y sus relaciones.

Ya que mencionamos la cuestión de la representatividad popular, centrémonos, por el momento en analizar la relación entre la democracia y la expansión del poder judicial, del activismo judicial y de la judicialización de la política, una vez que entiendo que, sin duda alguna, la democracia es una condición necesaria para permitir la aparición de tales fenómenos. No es posible vislumbrarlos en países totalitarios.

Dicho de manera simple y directa, no se puede hablar de democracia sin hablar de Derecho Social y viceversa. Aquella es simbolizada jurídicamente por el «Derecho social organizado»³⁷⁴ y este es considerado la «esencia misma de la democracia»³⁷⁵. El estado democrático tiene como base filosófica el individuo, donde cada persona es un voto; posee como base los principios de la igualdad y libertad y propone organizarse socialmente para garantizar los derechos fundamentales de los individuos.

La antigua discusión sobre la compatibilidad del principio democrático y el hecho de que el poder decisorio de los procesos sea atribuido al poder judicial, no elegido popularmente, se ha vuelto a plantear con fuerza, sobre todo debido al protagonismo del poder judicial en las cuestiones cruciales para la sociedad que mencionamos anteriormente. Eso sí, si la propia Constitución, promulgada por los representantes de pueblo prevé este papel para los jueces y los tribunales, esa compatibilidad es evidente. Es una potestad ya conferida a los jueces.

³⁷³ Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 143.

³⁷⁴ Norberto Bobbio. *El tiempo de los Derechos*. Madrid: Editorial Sistema, 1991, p. 33. Apud Georges Gurvitch. *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, París, 1935, pp. 263 y 205)

³⁷⁵ Bobbio (1991), *Op. cit.*, p. 33.

De igual manera, la discrecionalidad judicial no puede ser entendida como contraria a la democracia y vinculada al despotismo, una valoración que tiene como fundamento la arcaica doctrina del silogismo jurídico³⁷⁶, por la simple razón de que la discrecionalidad es parte inherente a la función jurídica. Y un elemento central de representación no vinculada como estructura de la autorización de los poderes del Estado. Obviamente el propio ordenamiento jurídico prevé las situaciones y las formas de control para ese margen de libertad o capacidad de maniobra de los jueces, tales como la imposibilidad de iniciar procesos, la formalidad de los procedimientos, la justificación de sus decisiones, etc., pero ella existe y es totalmente democrática dentro de estos límites.

Parto de la idea de que los Tribunales son los guardianes de las Constituciones y, por lo tanto, de los derechos fundamentales y de todas las garantías y principios previstos en ellas y por eso mismo defiende que el papel de los jueces es clave para el Estado Constitucional de Derecho y para la democracia. Sin embargo, hay quien vislumbra justamente que esa protección de los derechos, convertida en un «instrumento insaciable»³⁷⁷, sería una amenaza al régimen democrático. Por eso debemos ser cautos y cuidadosos al tratar del activismo judicial y proponer un concepto que en cierto modo pueda incorporar elementos normativos desprendidos de la teoría de la justicia material establecida en nuestro primer capítulo.

Al tratar del tema del valor de las instituciones y los paradigmas de limitación y control del poder, Rafael Asensio, mencionado anteriormente, sugiere lo que él llama una «buena gobernanza», donde la toma de decisiones sea fruto de «la interacción entre el espacio público y los actores privados»³⁷⁸, siempre con una «visión o mentalidad ampliada»³⁷⁹ a los problemas reales de las personas y con foco en el control de la actuación de los agentes públicos. El aislamiento de los tribunales y del poder judicial como un todo no contribuye en nada al proceso democrático y, más que eso, no permite ver este poder como parte integrante del sistema político, sino como algo aparte. De ahí

³⁷⁶ Silogismo jurídico, cuyo origen se encuentra en Montesquieu, que defiende, en pocas palabras, la adecuación de las descripciones abstractas de las leyes a los casos concretos. La ley mayor sería la ley en abstracto, la ley menor, el hecho analizado y la conclusión, el resultado de la conformidad o no con la ley. Y, por lo tanto, no habría que hablar de discrecionalidad de los jueces. Ver en *El Espíritu de las Leyes*, XI, 11, la celebre fórmula: «Si los tribunales no deben ser fijos, las sentencias deben serlo de tal manera que sean siempre más que un texto preciso de la ley».

³⁷⁷ Anna Pintore. “Derechos insaciables”. En *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2009, pp. 243-265. Recurso electrónico. Véase <http://0-site.ebrary.com.cisne.sim.ucm.es/> Apud el autor de la expresión A. J. Sebok. “The Insatiable Constitution”. *Southern California Law Review* (1979).

³⁷⁸ Asensio, *Op. cit.*, pp. 225-253.

³⁷⁹ El autor utiliza una expresión de Hannah Arendt.

la necesidad de diálogo y de encontrar una manera de que el poder ciudadano pueda ser oído por el poder judicial en las cuestiones más emblemáticas.

El protagonismo de las cortes constitucionales en asuntos políticos de gran envergadura, con efectos en el funcionamiento de la sociedad en general es un hecho, resultado de la judicialización de la política, que trataremos de forma más pormenorizada más adelante. Sin embargo, desde ahora debemos distinguir esta judicialización como un aspecto problemático del activismo judicial, no su adecuada expresión. Hay que remarcar que las causas de dicho protagonismo son muchas, pero algunos autores, como Guarnieri y Pederzoli lo atribuyen al «apogeo de los derechos y la emergencia de un enfoque instrumental del Derecho»³⁸⁰. La labor judicial ya no se limita a aplicar la ley, sino también a interpretarla, con un margen bastante amplio de discrecionalidad, lo que genera cuestionamientos sobre la seguridad jurídica.

Sin embargo, la judicialización de la política no tiene nada que ver con nuestro problema. Esta judicialización es más bien resultado de las deficiencias del sistema político de partidos, que se muestran incapaces de usar el Parlamento como lo que es esencialmente, el terreno de los Compromisos, exigiendo a los miembros del poder judicial que dicten sentencias donde ellos no son capaces de establecer leyes, ni solucionar conflictos, pero en todo caso, la judicialización de la política muestra la influencia, a mi entender nefasta, de cualquier poder formal sobre otro poder formal y reglado, no la influencia del poder informal del pueblo sobre el poder judicial. Solo este último es nuestro problema. Se trataría no de una judicialización de la política, sino de una democratización de la justicia. No se vinculan aquí política formal encuadrada en poderes divididos y judicatura, sino derechos materiales de ciudadanos y judicatura. Más adelante exploraré esta cuestión de la discrecionalidad judicial.

Por tanto, no se trata de defender aquí un tipo ideal de derecho en clave weberiana, sino más bien de comprenderlo dentro de un contexto de justicia material siempre con vistas a alcanzar la mejor versión de la práctica jurídica, a la luz de los valores fundamentales asignados en la Carta Magna y otros textos legales, siempre buscando compatibilizar la justicia, la democracia y la seguridad jurídica. Por eso nuestro argumento es propio de la filosofía política.

³⁸⁰ Ramón Ruiz Ruiz. *De una judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*. Navarra: Aranzadi, 2016, p. 32. Apud. Guarnieri, C. Y Pederzoli, P. *The Power of Judges. A comparative study of courts and democracy*. Oxford University Press, 2002, pp. 1-8.

La idea de que el juez debe utilizar toda la autoridad y la razón a su disposición para hacer efectivos todos los derechos y promesas previstas en la Constitución, a mi modo de ver, es una teoría adecuada, pero que, por alguna razón, pasó a ser algo de imposible cumplimiento. Debemos deliberar acerca de los obstáculos que se oponen a ello.

La tesis de Sieyès, en su conocida obra *¿Qué es el Tercer Estado?*, ya nos deja muy claro que hay que recurrir a la nación para terminar los litigios relativos a la Constitución, es decir, si la Constitución es obra del poder constituyente y no del poder constituido. Por tanto, es la nación democrática -lo que hemos llamado poder ciudadano informal- la que tiene el poder creador y es a ella a quien debemos recurrir³⁸¹ para orientar la praxis del activismo judicial. La nación es el titular de todos los poderes y crea las leyes a través de la Asamblea Constituyente. Ahí estuvo la fuerza del Tercer Estado. Sin embargo, no hay duda (y ya hemos confirmado eso en el capítulo anterior) de que la separación de poderes es un elemento crucial para organizar el Estado y, por eso mismo, no hay que negarle espacio en la democracia actual, sino más bien adaptarla a la nueva realidad.

Ferrajoli advierte que la existencia del derecho positivo no implica en absoluto la democracia, ya que a partir del momento que haya separación iuspositivista entre el derecho y la justicia, podemos encontrarnos con sociedades sumamente antidemocráticas e injustas³⁸². La dicotomía de la racionalización formal y la racionalización material del derecho intenta demostrar que es posible el derecho sin democracia, pero solamente habrá democracia donde exista el derecho en su concepción material. Como dice el jurista italiano, podemos identificar los derechos constitucionalmente establecidos como verdaderos «fundamentos constitucionales de la democracia»³⁸³. De ahí la necesidad de protegerlos y tornarlos efectivos, teniendo siempre como base la justicia material.

Y, es más, existe otro problema respecto a la burocratización de la judicatura y sus patologías, que acaban distanciando al juez del necesario dialogo genuino que debería entablarse entre el poder judicial y la sociedad, una vez que ocurre una fragmentación de la propia experiencia del proceso con la intervención de funcionarios o de jueces

³⁸¹ Emmanuel Joseph Sieyès. *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Alianza Editorial, 2003, pp. 90-92.

³⁸² Ferrajoli, *Op. cit.*, (2011), p. 17.

³⁸³ *Ibidem*, p. 27.

sustitutos. Y por eso mismo el juez no solo no debe limitarse a aplicar la ley, sino que debe utilizar «sus poderes de emitir órdenes judiciales para reformar la estructura de la burocracia estatal»³⁸⁴ y con ello mejorar las relaciones jerárquicas entre jueces y funcionarios judiciales y atender mejor las demandas de las sociedades que siguen creciendo en tamaño y complejidad. Sobre el uso del equipo de colaboradores, Owen Fiss estima que «es posible organizar los equipos de colaboradores judiciales de una forma que minimice las patologías burocráticas. En el caso de los funcionarios judiciales de confianza, quienes desempeñan sus tareas bajo la supervisión inmediata y directa de un juez, es éste quien debe establecer la forma óptima de organización. Así, el juez debería mantener al funcionario judicial bajo su mando directo como única instancia última de responsabilidad del cumplimiento de sus funciones y, por ello, no debería delegarle ningún componente crucial del proceso decisorio y debería supervisar cuidadosamente todas las tareas que lleve a cabo. De este modo, el juez evitará aislarse de experiencias educativas críticas y minimizará la dilución de responsabilidad que, de manera inevitable, deriva de la proliferación de colaboradores»³⁸⁵.

Otro factor relevante sobre las diferencias en el alcance del activismo judicial y las razones de la expansión del poder judicial en los países objeto de este estudio es la forma de selección y nombramiento de los jueces y magistrados y la estructura del poder judicial en los países en que actúan. Sobre este punto trataremos en el siguiente capítulo.

Es pertinente, por el momento, analizar aquí casos referentes a las prestaciones de servicios sociales, como puede ser el suministro gratuito de los medicamentos esenciales³⁸⁶ para el mantenimiento de la vida del individuo. Así podremos mostrar en concreto la diferencia entre el activismo judicial, la politización de la justicia, la judicialización de la política y la redemocratización de la justicia. La salud es un bien vital, un derecho fundamental que no es posible ignorar y cuya gestión debe ser efectiva y perentoria. Son garantías mínimas del ser humano la satisfacción de las necesidades sanitarias y la igualdad del acceso a la salud. Constituyen todos juntos los elementos perentorios de respeto a la dignidad de la persona humana, que pueden ser universalizables.

³⁸⁴ Owen Fiss. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 97.

³⁸⁵ Owen Fiss. *Op. cit.*, (2007), pp. 123-124.

³⁸⁶ Véase la lista de medicinas esenciales de la Organización Mundial de la Salud, que es actualizada cada dos años desde 1977. Disponible en <http://www.who.int/medicines/publications/essentialmedicines/en/>, acceso el 20 de mayo de 2017.

Sacamos a colación el caso de Brasil, cuya dificultad para la materialización de la garantía constitucional del derecho fundamental a la salud (artículo 6º de la Constitución de 1988) es más que evidente. Esa omisión del poder Ejecutivo abre espacio para que los ciudadanos exijan una actuación del poder judicial en el área de políticas públicas para suplir esa laguna de la Administración pública. Un estudio de un caso concreto, que mostraremos luego, trata sobre la concesión de medicamentos para el tratamiento del SIDA. ¿Está el poder judicial legitimado para decidir sobre las políticas públicas sanitarias? En teoría, debería tratarse de un asunto del gobierno y de la sociedad civil movilizadas. Sin embargo, la ineficacia de un poder, en este caso el poder ejecutivo, transfiere a otro poder, el judicial, la obligación de su concreción. Esa transferencia de responsabilidad (y en cierto modo interferencia) es llamada por algunos estudiosos «activismo judicial». Nosotros reflexionaremos sobre estos casos para así establecer este como un concepto político.

En el presente trabajo adopto una concepción distinta de activismo judicial. No lo considero una interferencia «impertinente» del poder judicial en el ámbito del poder ejecutivo, sino más bien una respuesta a la necesidad de remover los obstáculos para la materialización de los derechos sociales, como en el caso de la salud. La concreción y efectividad de los derechos fundamentales ha de mantenerse por encima «del plano inseguro y lábil de todas las normas inferiores»³⁸⁷, porque las propias constituciones expresamente asignan a los valores superiores tales como la libertad, la igualdad, la dignidad de la persona humana, justicia, etc. así como a los derechos fundamentales «la función de dirigir y orientar la “práctica judicial” esto es, todo el proceso de aplicación del Derecho»³⁸⁸. Siendo la salud «condición indispensable a la dignidad de la persona humana» como la considera la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y el Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), la actuación del Poder judicial es crucial para salvaguardar la ciudadanía y la consecución efectiva del derecho a la salud. Para tamaña responsabilidad en el ejercicio de la jurisdicción el principio de la independencia es *conditio sine qua non*. Ese es nuestro próximo tema.

³⁸⁷ Eduardo García de Enterría. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas ediciones, 1999, pp. 101-102

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 107.

4.2 LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

De entre los estudiosos del problema de la independencia judicial, parto de los planteamientos de Owen Fiss. En un libro reciente trata de la independencia judicial bajo tres formas: la primera, llamada de «desconexión de las partes», requiere básicamente que el juez no se encuentre bajo la influencia de nadie y no esté relacionado con nadie involucrado en el proceso; la segunda, la «autonomía individual» que se refiere al poder que un juez tiene sobre otro y, por último, el «aislamiento político», que requiere que los jueces sean independientes de las «instituciones políticas y de la gente en general». Ahora bien, apunta Fiss que «el aislamiento político puede ser necesario para hacer justicia, pero retirar a los jueces todo tipo de control popular podría interferir con los valores democráticos y, por esta razón, el aislamiento político de los jueces dentro de un orden democrático no es y no debería ser completo»³⁸⁹.

El principio de la independencia judicial tiene triple naturaleza. De un lado el componente jurídico, por otro el componente fáctico y, finalmente, el componente político. Sin embargo, en todos estos aspectos, lo que se busca con la independencia judicial es que el ejercicio de la potestad jurisdiccional no sea obstaculizado por las influencias políticas. Esa independencia es personal y funcional en relación con los otros órganos del Estado y se trata de una característica fundamental de la función jurisdiccional. Sin embargo, no siempre ha sido así. Inicialmente, se trataba de una forma de separar y atribuir con exclusividad la función jurisdiccional al cuerpo de los jueces. Esa era la llamada reserva de jurisdicción. Acto seguido, pasó a ser entendida también como independencia personal de los jueces en el sentido de generar estabilidad. Ahora bien, siempre ha estado presente el sometimiento del juez al ordenamiento jurídico, que es «la manifestación jurídica más exacta del principio de la independencia»³⁹⁰. Es, por lo tanto, un valor de máxima importancia para toda la colectividad y un verdadero presupuesto fundamental dentro del mundo jurídico. En definitiva, una cualidad irrenunciable del oficio de juzgar.

³⁸⁹ Owen Fiss. *Los mandatos de la justicia. Ensayos sobre Derecho y derechos humanos*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 37-39.

³⁹⁰ Santiago Muñoz Machado. *La reserva de jurisdicción*. Madrid: La Ley, 1989, p. 26.

En efecto, un presupuesto del principio de la independencia judicial es la condicionalidad de la continuidad en el cargo a la buena conducta del juez. Con él están vinculadas garantías como la remuneración salarial, la estabilidad geográfica, el ingreso en la carrera a través de mecanismos transparentes y abiertos al público, etc. Se trata de un instrumento que garantiza administrar de forma correcta e imparcial las leyes³⁹¹. La importancia de un poder judicial independiente siempre ha sido una preocupación para los pensadores de la estructura y organización del Estado. Sin duda alguna, tanto la independencia como la imparcialidad son elementos esenciales de la posición de un juez para que él pueda llevar a cabo el control jurídico de los otros órganos y ser el garante de los derechos individuales. La independencia judicial es, por lo tanto, uno de los ejes en la búsqueda del equilibrio institucional y para que puedan los jueces hacer valer un sistema de frenos y contrapesos efectivo. Y por tanto una condición negativa del activismo judicial. Sin embargo, no es una condición positiva de independencia, no implica oír la deliberación del poder ciudadano, pero si implica poder oír.

Alexander Hamilton, en el ensayo del Federalista nº 78, señala que «si los tribunales de justicia han de ser considerados como los baluartes de una Constitución limitada, en contra de las usurpaciones legislativas, esta consideración suministrará un argumento sólido en pro de la estabilidad de las funciones judiciales, ya que nada contribuirá tanto como esto a estimular en los jueces ese espíritu independiente que es esencial para el fiel cumplimiento de tan arduo deber»³⁹². Y añade: «esta independencia judicial es igualmente necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo»³⁹³.

Como hemos dicho anteriormente, una de las formas de independencia judicial es el «aislamiento político» que es fundamental para alcanzar la justicia y, conforme dice Owen Fiss, «exige que la judicatura sea independiente frente a los órganos estatales de elección popular, y, particularmente, frente al ejecutivo y al legislativo»³⁹⁴. Este profesor de la Universidad de Yale señala el dilema que implica el aislamiento político para la

³⁹¹ Rafael Jiménez Asensio. *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 72.

³⁹² Ensayo federalista nº 78, disponible en <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers>. Acceso el 30 de mayo de 2017. Traducción propia.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ Owen Fiss. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 91.

teoría política destacando que «cuanto más aislada está la judicatura de las ramas políticas del Estado, más capacidad tendrá para interferir con las políticas de estas y, por tanto, para frustrar la voluntad popular. De este modo, el aislamiento político, incluso mucho más que el desprendimiento de las partes o la autonomía individual, es una experiencia limitada. Por este motivo, algunos jueces estatales son elegidos. Incluso la judicatura federal, considerada por mucho tiempo como uno de los sistemas judiciales más independientes del mundo, no es una rama del Estado completamente aislada sino un elemento dentro de un sistema político interdependiente»³⁹⁵.

La objeción a la práctica de la revisión judicial o del control de constitucionalidad por parte de personas que no han sido elegidas democráticamente por mayoría en una votación (conocida como objeción o dificultad contramayoritaria)³⁹⁶ fue retomando fuerza en los últimos años y el principal motivo está justamente relacionado con el tema de la independencia política de los jueces y el proceso de sus nombramientos. El hecho de que, en algunos países, como los que estamos tratando aquí en este trabajo, el presidente de la República proponga los nombres de los jueces de la Corte Constitucional lleva consigo un «elemento de control político en la composición de la rama judicial»³⁹⁷, aunque exista la necesidad de tener la aprobación del Senado. Eso generaría una limitación a la independencia de los jueces. Como diría Fiss, «los jueces son independientes, pero no demasiado, como apropiadamente lo exige una democracia»³⁹⁸.

La interpretación de las leyes, de los principios constitucionales que resulten en declaraciones de inconstitucionalidad, o en ordenes de cumplimiento de la constitucionalidad a los otros poderes no pueden ser considerados actos de violación del principio de la separación de poderes, o un acto de entrometimiento en la responsabilidad o campo de actuación de otro poder, sino más bien un acto de control jurisdiccional de la actuación de los poderes del Estado y de la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos. Y Marshall, en su fundamentación de la sentencia *Marbury vs. Madison*, nos aclara sobre la posibilidad y la necesidad de negar validez a las normas que sean contrarias a la Constitución, dejando claro que solo hay dos alternativas y que se trata de «una proposición demasiado clara para ser impugnada: o la Constitución controla cualquier

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 92.

³⁹⁶ Véase Alexander Bickel. *The least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: Yale University Press, 1986, pp. 16-23. Básicamente trata de las tensiones existentes entre la Corte Suprema y los deseos de los representantes electos.

³⁹⁷ Owen Fiss, *Op. cit.*, p. 92.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 96.

acto legislativo contrario a ella, o el legislador puede alterar la Constitución por un acto ordinario. Entre estas alternativas no hay medio término: o la Constitución es una ley suprema, inmutable por medios ordinarios, o está al nivel de los actos legislativos ordinarios, y, al igual que otros actos, es alterable cuando el legislador quiera alterarla. Si la primera parte de la alternativa es verdadera, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley. Si la última parte es verdadera, entonces las Constituciones escritas son intentos absurdos por parte del pueblo de limitar un poder en su propia naturaleza ilimitado»³⁹⁹.

Los jueces jamás pueden limitarse a aplicar meramente las leyes, bajo pena de violar el principio de la independencia judicial y, yo diría también, el principio de separación de los poderes que prevé justamente que haya frenos y contrapesos entre los poderes. ¿Necesitamos un modelo burocrático de juez? Weber analiza el papel de la burocracia en el Estado, que funciona bajo la dirección de un líder o de un grupo de representantes. Lo que hacen los jueces al ser *activistas judiciales* es asumir ese liderazgo en su capacidad de escuchar los intereses materiales de justicia de una población. En este sentido, es preciso tener en cuenta la importancia de avanzar en la política jurídica de la interpretación y en la creación e innovación del Derecho, porque es eso lo que los sistemas jurídicos actuales exigen. No podemos marchar hacia atrás para preservar una *supuesta* certeza del derecho.

Nótese que, como bien señala Zagrebelsky, «lo que puede parecer arbitrio de los intérpretes y falta de certeza del derecho no depende en absoluto, en lo fundamental, de una u otra concepción de la interpretación del derecho, sino de condiciones mucho más de fondo en las que el derecho está llamado a operar»⁴⁰⁰, tales como «un contexto político y cultural homogéneo y de situaciones sociales mucho más estables que las actuales»⁴⁰¹.

³⁹⁹ Véase la célebre sentencia *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>, acceso el 12 de mayo de 2017, «and acts allowed are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the Legislature may alter the Constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable».

⁴⁰⁰ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.

145.

⁴⁰¹ *Idem*.

Analizaremos ahora otra condición negativa del activismo judicial, la discrecionalidad judicial.

4.3 LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL Y JUSTICIA MATERIAL

En el ejercicio de concreción de la justicia material y en el análisis de la interpretación constitucional con este fin, sin duda alguna, existe un margen de discrecionalidad⁴⁰² en la actividad de jurisdicción. Siempre se hace bajo el principio de razón insuficiente. Solo la invocación del principio democrático puede subsanar esa insuficiencia. Y esa discrecionalidad es, por así decirlo, fundamental en el Derecho, por dos razones muy sencillas. La primera, por el hecho de que las leyes son abstractas y necesitan ser aplicadas a los casos concretos; y la segunda, porque las leyes no pueden regular todos los casos posibles e imaginables que pueden pasar en una sociedad y, en ambos casos, la discrecionalidad es una herramienta de concreción del Derecho. La propia vinculación a los precedentes (factor de unificación) de los Tribunales, así como la necesidad de fundamentación de las decisiones judiciales son formas de garantizar un mínimo de previsibilidad y de preservar la seguridad jurídica⁴⁰³. Sin embargo, estamos en las condiciones negativas. La cuestión es usar la discrecionalidad al servicio de la escucha de la deliberación de la ciudadanía.

Las propias constituciones pueden ser representadas con la idea de la «ductilidad»⁴⁰⁴, para usar una expresión de Zagrebelsky, ya que deben ser lo suficientemente flexibles para permitir la «coexistencia de valores y principios» y así al mantener la compatibilidad de la diversidad de valores de su «base material pluralista», contribuye para entender la indeterminación del contenido del Derecho y, por lo tanto, la necesidad de interpretación y de margen de libertad de los jueces para ello, abriendo espacio para la discrecionalidad judicial. Las leyes no pueden abarcar todo y el sistema

⁴⁰² Véase Ronald Dworkin. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2012; Aharon Barak. *Judicial Discretion*. New Haven: Yale University Press, 1989; Vito Breda. *The objectivity of judicial decisions: a comparative analysis of nine jurisdictions*. New York: Peter Lang, 2017; Keith Hawkins. *The Uses of Discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1992.

⁴⁰³ Ramón Ruiz Ruiz. *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*. Navarra: Aranzadi, 2016, p. 41.

⁴⁰⁴ Conocida expresión utilizada por Gustavo Zagrebelsky. *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2005, p. 14.

de Derecho es abierto. Y está en constante evolución y por eso la importancia de este margen de libertad.

Si partimos de la idea de que «la ley no es perfecta y no puede completarse en sí misma», como concluyó Kantorowicz, entonces es fácil admitir que «el intérprete puede y debe prescindir de la norma legislativa cuando no parezca ofrecerse una solución indudable, y cuando se haya adquirido el convencimiento de que el legislador no resolvería actualmente el caso en el sentido que la ley lo hace»⁴⁰⁵. Son las lagunas normativas un margen de indeterminación y, por lo tanto, un permiso para la discrecionalidad judicial y la producción normativa por el poder judicial, si se da el principio positivo de razón suficiente, la conciencia democrática deliberativa en la interpretación de la justicia material.

Siempre hay creación de derecho en caso de lagunas normativas y conflictos de normas, pero hay quien defiende (y yo me considero una de estas personas) que la creación jurídica se produce de forma constante y ve, de esta manera, el derecho como un «cuadro de transformaciones o modificaciones jurídicas unitariamente consideradas»⁴⁰⁶, ya que los ordenes jurídicos «están en proceso continuo»⁴⁰⁷ y las demandas tratarán de los problemas reales y actuales. Tanto la discrecionalidad como la independencia judicial son fundamentales para permitir ese proceso. Además, es importante destacar que no hay impedimento por parte del legislador del ejercicio de esta libertad⁴⁰⁸, por un lado, porque garantiza la independencia judicial y, por otro, porque lo que se busca es evitar el ejercicio arbitrario de esta libertad – a través del imperativo constitucional de motivar las sentencias, por ejemplo - y no su existencia. La discrecionalidad, por lo tanto, forma parte de la acción judicial.

Nótese que cuando hablamos de discrecionalidad judicial y de creación de derecho, no se trata de una libertad o creación arbitraria, sino deducidas de las normas (muchas veces varias de ellas) y del caso concreto. Esto es lo que hace siempre el juez. A pesar de eso nunca habrá un principio de razón suficiente para sus conclusiones jurídicas.

⁴⁰⁵ Maria Isabel Garrido Gómez. *La Función de los Jueces: Contexto, Actividades e instrumentos*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 68. Apud Hermann Kantorowicz. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906.

⁴⁰⁶ Rolando Tamayo y Salmorán, “Indeterminación del derecho. Las paradojas de la interpretación jurídica”. En *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 83.

⁴⁰⁷ Rolando Tamayo y Salmorán. *Op. cit.*, 2003, p. 75.

⁴⁰⁸ Manuel Segura Ortega. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Ramón Areces, 2006, p. 11.

En todo caso, a partir de eso se construyen enunciados, nuevas percepciones para solucionar los conflictos.

Aquí queda claro que no vale con ser consciente solo de las leyes, sino que más allá de esa conciencia y con ella deben hacerse caso también a los derechos, la justicia, y al contexto político y cultural en que están inseridos⁴⁰⁹. Se ve, por lo tanto, que la discrecionalidad es complementaria, orientativa y subordinada a la independencia y a la ley. De cualquier manera, hay parámetros jurídicos para evitar eventuales arbitrariedades, tales como la necesidad de fundamentación de las decisiones. Además, al examinar las alternativas existentes en el caso concreto, los jueces deben siempre hacer uso de la imparcialidad, neutralidad, proporcionalidad y motivación. La motivación constituye, a juicio de Calamandrei, «el signo más importante y típico de la racionalización de la función judicial»⁴¹⁰. Tiene que haber siempre «objetividad judicial» y fundamentación jurídica, ambas condiciones de la toma de decisiones judiciales, para que no haya imposición de opiniones de los jueces sobre la sociedad⁴¹¹. La motivación, por lo tanto, es dar a la función jurisdiccional una «específica legitimación»⁴¹².

La doctrina distingue entre la «discreción débil»⁴¹³ y la «discreción fuerte»⁴¹⁴. La primera está conectada con la idea de «vaguedad y ambigüedad del lenguaje jurídico» y refleja «la necesidad de juicio y discernimiento para identificar la respuesta jurídica correcta cuando la literalidad del texto jurídico no ofrece una respuesta clara o evidente»⁴¹⁵. La segunda, sería la «posibilidad de elección entre diferentes cursos de acción igualmente válidos o admisibles»⁴¹⁶. Ambos se rigen por el principio de razón insuficiente. Un ejemplo de discreción fuerte serían las lagunas jurídicas, ya que para su

⁴⁰⁹ Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 131.

⁴¹⁰ Piero Calamandrei. *Proceso y democracia*. Traducción Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ejea, 1960, p. 115.

⁴¹¹ Aharon Barak. *The Judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 265. (traducción propia)

⁴¹² Luís Roberto Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, pp. 23-32.

⁴¹³ Véase, entre otras obras, Ronald Dworkin. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2012.

⁴¹⁴ Véase, entre otras obras, H. L. A Hart. *El concepto de Derecho*. Trad. de Genaro R. Carrio. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

⁴¹⁵ Marisa Iglesias Vila. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 26-27

⁴¹⁶ Marisa Iglesias Vila. *Op. cit.*, p. 31.

integración el juez debe elegir entre varias alternativas. Es justo en esta zona -donde hay diferentes cursos de acción- donde entendemos que puede existir el activismo judicial.

Ahora bien, debemos ser conscientes de que en esta época de globalización los problemas sociales son cada vez más complejos y evolucionan cada vez más rápido y, por lo tanto, ese margen de libertad debe aumentar, porque la literalidad del texto jurídico no es suficiente. El problema es bajo qué condición positiva y cómo se supera esta insuficiencia a la que hemos aludido. Eso ha generado un «desplazamiento del centro de gravedad de las estructuras de poder público» resultando en un reforzamiento del papel del poder judicial⁴¹⁷.

Los jueces son cada vez más demandados para que estén presentes en la vida pública y valoren asuntos de la vida política. Es esa forma de adaptarse a las nuevas realidades lo que permitirá que el poder judicial sea más sensible a las peticiones de los ciudadanos y pase a darles una respuesta que disminuya la distancia entre el «ser» y el «deber ser» ideal del Derecho. Los críticos hablan del peligro de que los jueces gobiernen el Estado, de la inseguridad jurídica que podría generar esa actuación del poder judicial en la vida política. Sin embargo, es importante dejar claro que la seguridad jurídica no se vincula solamente a la previsibilidad de las decisiones judiciales, sino también a la efectividad del poder judicial para solucionar los conflictos con base en el principio de la justicia material. Eso genera confianza de los ciudadanos en la justicia. Hay que conocer y aceptar, de esta manera, el hecho de que el gran cambio ocurrido en las relaciones públicas actuales está permanentemente exigiendo una renovación del derecho y su aplicación. Y a eso atiende una manera de entender la independencia, discrecionalidad y proporcionalidad que llamamos activismo democrático.

4.4 LOS LÍMITES DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DEL PODER JUDICIAL

¿Es posible hablar de estado social sin derecho? A mi entender no, porque como decía Kant toda experiencia humana es al mismo tiempo social y jurídica, y el progreso

⁴¹⁷ Valentin Thury Cornejo. *Juez y División de poderes hoy*. Madrid: Ciudad Argentina, 2002, p. 10.

del derecho depende del reconocimiento de su pleno potencial normativo, del papel del juez como creador de derecho. Con eso progresará también la propia comunidad, pues la sociedad es tanto un efecto del derecho como su causa⁴¹⁸.

¿Cuál sería entonces la dimensión teleológica de la posición de un magistrado? La potestad jurisdiccional tiene como función jerarquizada la efectividad del ordenamiento jurídico y la garantía de la protección a los derechos fundamentales, estando obviamente el juez siempre sujeto al imperio de la ley. Es decir, el juez es responsable de «expandir su actividad judicial», a través de la búsqueda de la decisión correcta siempre mirando hacia la justicia. Y eso al ser siempre guiado por la ley, por la Constitución y sus principios no puede jamás ser visto como «pérdida de objetividad y neutralidad»⁴¹⁹.

¿Habría vulneración al principio constitucionalista con la democratización de la justicia, considerando los límites de actuación del poder judicial y, en la medida que los jueces, como representantes del Poder Judicial, no han sido elegidos directamente por el pueblo? ¿Les faltaría legitimidad?

A mi modo de ver, debemos contestar que no. El juez, al decir de Owen Fiss, es «el instrumento supremo de la razón pública», ya que su función no consiste en solucionar conflictos, sino más bien «en dar significado y expresión concretas a los valores públicos contenidos en el derecho». Y esa relación evidente entre derecho y razón pública no puede ni debe ser dejada de lado, porque los «jueces son instrumentos del derecho y encarnan esa razón»⁴²⁰. Esa relación del derecho con la razón pública, que no hay que olvidar que siempre se rige por el principio del inconceptual o insuficiencia, ayuda a entender la importancia de que el actual sistema judicial favorezca la participación de la ciudadanía y la discusión colectiva en la toma de decisiones judiciales que tengan reflejo en la política. Esto debe suceder siempre teniendo en cuenta la construcción de instituciones sociales, de sociedades más justas, apoyándose en trabajos y conceptos sobre todo de pensadores como John Rawls, Amartya Sen, Thomas Pogge, que comprenden el peso de las normas y las instituciones en la condición de la vida de las personas buscando ordenar «el entramado institucional de la estructura básica de una sociedad».

⁴¹⁸ José Luis Villacañas Berlanga. *Res Publica. Los fundamentos normativos de la política*. Madrid: Akal, 1999, pp. 75-92.

⁴¹⁹ Manuel Gámez Mejías. *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004. Págs. 146-147.

⁴²⁰ Owen Fiss. *El derecho como razón pública*. Traducción Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 14-17.

Aquí sí se debería poner en práctica la «facultad de juzgar reflexionante» de Kant, con el objetivo de que el Poder Judicial, en la figura del Juez, partiendo de los casos particulares, pueda desarrollar y llegar al universal, es decir, partir desde la realidad concreta singular para llegar al «espíritu en un todo sistemático», inspirando y lanzando como reto al Poder Legislativo cubrir el ámbito de asuntos o situaciones que todavía no fueron contemplados por la legislación. Por eso mismo el poder judicial debe pronunciarse al respecto. En efecto, podemos hablar más bien de una fase propedéutica, de preparación, en la que el Magistrado está innovando y creando Derecho.

Al decir de Antonio Miguel López Molina, el uso reflexivo de la facultad de juzgar tiene su origen en el uso hipotético de la razón y «la función de la razón en su uso hipotético es la de buscar la unidad sistemática tanto de la pluralidad de los conocimientos del entendimiento, como de la pluralidad que escapa a las categorías de aquél»⁴²¹. El objetivo de la facultad de juzgar reflexivamente sería ordenar los fenómenos, tomando como base una facultad del conocimiento, que, en el caso objeto del estudio, parte del caso singular para hallar una regla que forme parte del ordenamiento jurídico y sus principios. Así la reflexión no se hace a ciegas (*aufs Geratewhol und blind*). Estos principios sirven como guía para juzgar mejor⁴²² el singular. Aquí se debe hacer hincapié siempre en la necesidad de que los jueces sean independientes e imparciales para que esas interpretaciones puedan ser resultado de la racionalización material del derecho y, que por lo tanto, sean decisiones justas.

Añade Ackerman en este punto que «la corrección de una afirmación sobre qué es conforme al derecho no depende ya solo de hechos sociales, sino también de argumentos morales. En este sentido, los argumentos morales forman parte de las condiciones de corrección de las afirmaciones jurídicas»⁴²³. Aquí entiendo los argumentos morales como aquellos que tratan de justicia. Thomas Pogge⁴²⁴, por su parte defiende que a través de datos empíricos sobre la situación del mundo actual se busca el compromiso necesario y posible para establecer la concepción de una «justicia mínima en torno a un consenso mayoritariamente aceptable», un nivel básico de garantías universales que deben ser

⁴²¹ Antonio Miguel López Molina. *Razón Pura y Juicio Reflexionante en Kant*. Madrid: Editorial de la Universidad Complutense, 1983, pp. 49-50.

⁴²² Idem, p. 67.

⁴²³ Idem, p. 38.

⁴²⁴ Véase Thomas Pogge. *Hacer Justicia a la Humanidad*. Fondo de Cultura Económica, 2009.

diseñadas de un modo compatible con sus cumplimientos y que no se queden como letra muerta. Y aquí el papel del magistrado es fundamental.

No se puede negar la posición dual que corresponde a los magistrados de los Tribunales Constitucionales: «una especialísima y difícilísima posición de intermediación entre el Estado (como poder político-legislativo) y la sociedad (como sede de los casos que plantean pretensiones en nombre de los principios constitucionales)»⁴²⁵. Dicha posición es fundamental para que se pueda acompañar la transformación actual del Estado Constitucional de derecho que exige un análisis conjunto de las dimensiones del derecho: «la ley, los derechos y la justicia»⁴²⁶.

No se trata de defender aquí que los jueces, en esta tarea de innovar en el derecho, puedan guiarse por sus convicciones personales o preferencias acerca de lo que parece justo, sino más bien que puedan hacer uso de los principios fundamentales, que son generales y abstractos y, por lo tanto, neutrales. Y este uso debe estar reflejado en la fundamentación de la decisión judicial. Es decir, hay que respaldar la discrecionalidad judicial y exigir el contrapunto de esa vinculación al ordenamiento jurídico de forma amplia. Desde luego no queremos romper el Constitucionalismo. Lo cierto es que si es tarea del Tribunal Constitucional la interpretación de las leyes y la protección de la constitución y su supremacía, entonces no se puede tener el control de constitucionalidad y los procesos de revisiones judiciales como antidemocráticos. Son perfectamente compatibles.

Claro está, entonces, que ese control judicial de las leyes, esa libertad al analizar los casos concretos, esa discrecionalidad de los jueces para crear derecho se da siempre dentro de un marco normativo de referencia, sea la interpretación de la propia Constitución o de otros textos legales. Además, como hemos dicho anteriormente, además del marco de referencia hay varios mecanismos de control de estas actividades en los ordenamientos jurídicos, siendo algunos de ellos la fundamentación de las decisiones y el principio de la proporcionalidad, del cual vamos a tratar en el siguiente punto.

⁴²⁵ Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 149.

⁴²⁶ Gustavo Zagrebelsky. *Op. cit.*, (2005), p. 150.

4.5 EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD

El propio principio de la proporcionalidad es un criterio que debe ser utilizado por los operadores del derecho en el razonamiento y argumentación jurídica y, por lo tanto, sirve también como una técnica de control de las decisiones judiciales. En las palabras de Bernal Pulido, es un criterio estructural que permite fundamentar de la forma más racional posible el proceso de interpretación y concreción de los derechos fundamentales⁴²⁷. Este principio es relevante en nuestra investigación en la medida en que aparece con frecuencia cada vez mayor en las decisiones de los Tribunales Constitucionales, sobre todo en aquellas referentes al control de constitucionalidad, tratándose de un fundamento jurídico de estas sentencias. Además, aquí queremos traer a la discusión si deben los jueces escuchar las demandas populares como condición para el principio de la proporcionalidad.

Carlos Bernal traza una línea de antecedentes del principio de la proporcionalidad y deja claro que se trata de una «noción general, utilizada desde épocas remotas en las matemáticas y en otras diversas áreas del conocimiento», que establece una especie de «relación entre el medio y el fin»⁴²⁸. Su expansión en el Derecho público europeo lo ha convertido en un «criterio ineludible para controlar la observancia de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos estatales y comunitarios»⁴²⁹ y su uso continuado por la jurisprudencia comunitaria y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴³⁰ determinó su expansión en los ordenamientos jurídicos europeos⁴³¹. De acuerdo con Bernal Pulido, el principio de la proporcionalidad «cumple la función de estructurar el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador y para la fundamentación de dicho contenido en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes»⁴³².

⁴²⁷ Carlos Bernal Pulido. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2005, pp. 613-800.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 40.

⁴²⁹ Carlos Bernal Pulido (2005). *Op. cit.*, pp. 43-44.

⁴³⁰ Véase Bardo Fassbender. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Universidad de Humboldt (Berlín). Cuadernos de Derecho Público, nº 5, 1998, pp. 51 y ss.

⁴³¹ Carlos Bernal Pulido (2005). *Op. cit.*, p. 48.

⁴³² *Ibidem*, p. 77.

Ya hemos visto que el ejercicio de la jurisdicción siempre ha sido acompañado de la dificultad del «insuficiente realismo»⁴³³, ya que el sistema normativo no es capaz de prever todas las situaciones del comportamiento humano y eso abre espacio para la intervención creativa del juez. Las normas jurídicas adquieren su significado «precisamente a través del proceso de interpretación»⁴³⁴ y es aquí donde el principio de proporcionalidad debe aparecer para, al confrontar valores diversos, ponderar entre los medios disponibles y los fines que se necesita alcanzar. Esa búsqueda de una decisión ponderada, adecuada, de optar por el valor más denso y más importante tiene como fin mayor permitir que la justicia sea cercana al ciudadano y que haya confianza en lo correcto de la toma de decisiones por el poder judicial, porque el concepto de densidad e importancia de los valores es dado por la propia sociedad.

Solo para citar algunos ejemplos de las condiciones que exigen ese papel de interpretación, de aumentar el grado de discrecionalidad judicial y generar la necesidad de aplicación del principio de la proporcionalidad por parte de los jueces, tenemos los siguientes: la variedad expresiva del lenguaje de las leyes; la ambigüedad de los términos y la vaguedad de los conceptos (por ejemplo el concepto de dignidad de la persona humana); los cambios de significado de los conceptos y el propio campo de la *quaestio facti*. Todos estos elementos llevan la actividad jurisdiccional hacia una labor integradora e interpretativa, que debe siempre caminar a la par del principio de la proporcionalidad.

Con la consolidación del neoconstitucionalismo⁴³⁵, el análisis judicial sobre la base del principio de la proporcionalidad ha pasado a ser cada vez más frecuente en los tribunales por el conflicto entre los derechos fundamentales reclamados, o por la tensión entre los valores y principios involucrados. Se trata de una «construcción doctrinal», una vez que surgió y se difundió como un principio general no escrito en la ley a través del uso y reconocimiento del poder judicial⁴³⁶. Es la labor de precisar cuáles son los medios idóneos para resolver las colisiones existentes entre los criterios materiales que están en juego en el caso concreto. La función del principio de la proporcionalidad sería, entonces,

⁴³³ Carlo Guarnieri y Patricia Pederzoli. *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*. Trad. de Miguel Ángel Ruiz de Azua. Buenos Aires, Taurus, 1999, p. 67.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 69.

⁴³⁵ Tratado como fenómeno de amplitud, de intensificación del deber ser contenido en las normas constitucionales. Véase Manuel Aragón Reyes. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013 p. 229-232.

⁴³⁶ Jud Mathews and Alec Stone Sweet. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*. Penn State Law, 2009, p. 74.

«estructurar la fundamentación»⁴³⁷ que soluciona el caso concreto y determina la aplicación de la norma para proteger un derecho fundamental.

Obviamente hay objeciones con respecto al uso del principio de proporcionalidad. Estas objeciones se enfrentan a la falta de objetividad o de una «racionalidad jurídica absoluta de la fundamentación de las normas adscritas». Sin embargo, como bien aseveró Carlos Bernal, «ningún criterio alternativo a este principio puede garantizar la objetividad, debido a que es imposible suprimir los radicales conflictos sobre apreciaciones analíticas, normativas y fácticas que se presentan en la interpretación de los derechos fundamentales y que deben ser resueltos mediante valoraciones del Tribunal Constitucional»⁴³⁸. Es decir, la falta de objetividad no puede ser atribuida a la aplicación del principio de proporcionalidad, sino al propio ejercicio de interpretación que debe hacer el poder judicial. Ambos instrumentos -proporcionalidad e interpretación- se complementan. La falta de objetividad se produciría justamente por la ignorancia de estos principios o bien por su aplicación inconsciente. Esta aplicación tornaría a los jueces insensibles a la necesidad de estructurar y sistematizar sus argumentos y sentencias. La falta de objetividad no se supera con una objetividad absoluta. Epistemológicamente sabemos que solo puede superarse mediante una toma de distancia consciente de las alternativas hermenéuticas disponibles. La proporcionalidad es una de esas herramientas de toma de distancia. En este sentido tiene un valor poderoso para identificar la íntima pertenencia del republicanismo a la división de poderes.

Nótese que lo que estamos viendo aquí es importante para la teoría tradicional del ejercicio de la jurisdicción, para la actuación del juez. Toda teoría tradicional del juez y el juicio, como hemos visto en la primera parte apoyándonos en la teoría de Carl Schmitt, muestra que *el juez siempre está regido por el principio de la «razón insuficiente»*. Nunca la razón del juez es una lógica perfecta. Hablamos aquí del «insuficiente realismo» que vimos anteriormente. Es decir, el juez se basa en una racionalidad que, en la medida que tiene que aplicar una regla a un caso concreto, no puede aplicarla de un modo deductivo, porque para aplicar una regla a un caso dado debería tener una regla de aplicación que a su vez debería tener otra regla de aplicación y así hasta el infinito. La regla que se aplica al caso en último extremo no puede disponer siempre de otra regla, por lo tanto, la forma

⁴³⁷ Carlos Bernal Pulido (2005). *Op. cit.*, p. 130.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 250.

en que trabaja un juez es siempre la forma de razón insuficiente, no es razón deductiva, suficiente.

Eso es válido, aunque la regla sea «clara», porque una sentencia es una decisión y en una decisión ninguna regla está en condiciones de aplicarse matemáticamente al caso. *Requiere interpretación hermenéutica y, por lo tanto, requiere esta dimensión de «razón insuficiente»*. Por eso la actuación del juez es una actuación práctica, no lógica⁴³⁹. Para reconocer eso y por reconocer eso se le concede independencia. La independencia no tendría sentido si su trabajo fuera una deducción lógica. Si hubiera un principio de razón suficiente aquí, la independencia del juez no podría funcionar porque sería un mero «aplicador de la ley». Igualmente, la discrecionalidad y la proporcionalidad tampoco tendrían sentido. Justamente lo que estamos mostrando es que el acto de juzgar es un acto que se basa en el principio de «razón insuficiente» y justamente porque se reconoce eso se quiere proteger de manera muy activa la independencia, la discrecionalidad y la proporcionalidad. Lo que quiero decir es que estas son *condiciones negativas del activismo judicial*. La cuestión es: en determinados momentos durante la toma de decisiones del juez, *la insuficiencia lógica de la ley se hace suficiencia justamente por escuchar las demandas materiales de justicia del pueblo y actuar de forma proactiva para concretar los derechos fundamentales*. En el fondo, el activismo judicial complementa las condiciones negativas, insuficientes, con la condición positiva, suficiente de la democratización de la justicia. Ese es el tema del próximo tópico.

4.6 BREVE ANÁLISIS SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL, LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Antes de abordar la cuestión del activismo judicial propiamente dicha y llegar a la cumbre del raciocinio de este trabajo es necesario fijar algunos conceptos y así delimitar aún más el ámbito de esta investigación. De hecho, la confusión en los

⁴³⁹ Eso me hace recordar la máxima *Summum Jus Summa Injuria*, que literalmente significa extrema justicia es extrema injusticia, es decir, que la ley no puede ser aplicada siempre al pie de la letra en circunstancias ampliamente variadas porque puede llegar a producir la mayor de las injusticias.

conceptos de activismo judicial, judicialización de la política y politización de la justicia en nada contribuye al debate y fue uno de los principales problemas para investigar sobre ese tema.

Es importante dejar claro que nos proponemos en esta tesis organizar un concepto de impronta normativa desde el punto de vista de la filosofía política. Nuestro foco es el fenómeno del activismo judicial (y, a través de él, la redemocratización de la justicia), que en la medida en que tiene en cuenta procesos reales de la vida social se configura aquí como un concepto político. Y del significado de ello trataremos más adelante.

Muchas decisiones judiciales, sobre todo las decisiones de las Supremas Cortes de los países con controles de constitucionalidad tienen consecuencias políticas significativamente importantes para las sociedades y eso ha generado muchas críticas por parte de algunos operadores del derecho y autores, con el argumento de la violación del principio de la separación de poderes. Hay incluso una doctrina que orienta la autocontención por parte de la Corte en relación con algunos temas, entre ellos, el tema político, que ya hemos mencionado cuando tratamos de la división de poderes. Dicha doctrina de la autocontención política defiende la idea de que, por motivos de prudencia, el poder judicial debería declinar juzgar casos que envuelvan cuestiones políticas, por el hecho de que los jueces no poseen legitimidad en la medida en que el poder judicial no es elegido democráticamente. Se entiende aquí que si la Corte declara inconstitucional una ley o una acción de otro poder elegido democráticamente se estaría «frustrando el deseo popular»⁴⁴⁰.

En efecto, las cortes constitucionales o los jueces son llamados a decidir frecuentemente sobre asuntos que no poseen respuesta en la literalidad de la ley y, por lo tanto, deben buscar una solución que tome como base no solo criterios legales, sino también criterios políticos, éticos, de justicia, etc. y con eso es difícil apartarse de los elementos políticos. Hay quien defiende, por ejemplo, que la jurisdicción constitucional es un proceso puramente político, que le es inherente. En ese sentido, Michael Hein y Stefan Ewert hacen mención al entendimiento del ex presidente del Tribunal Constitucional Alemán Dieter Grimm que claramente defiende que la separación entre derecho y política no significa que las decisiones judiciales sean «inherentemente no

⁴⁴⁰ Jared P. Cole. *The Political Question Doctrine. In Constitutional Inquiries. The doctrine of Constitutional Avoidance and the Political Question Doctrine*. Editor Kelly R. Doyle. New York: Nova Science Publishers, Inc., 2015, pp. 47-48.

políticas» y que, por lo tanto, no habría espacio para las decisiones creativas, sino todo lo contrario⁴⁴¹. El juez no solo hace uso de la concreción e interpretación siempre y cuando la aplicación del derecho no solucione el problema, sino que es inevitable que existan influencias personales, preferencias políticas e ideológicas, afirma el Profesor Grimm.

Sobre los factores que han desencadenado esa excepcional actuación de los jueces sobre intereses y circunstancias inherentes a la esfera política, María Ballester Cardell señala que son varios, «no siempre son factores inscritos en el sistema judicial, como crisis de responsabilidad política y parlamentaria, la escalada de corrupción política, las transformaciones registradas en el sistema de partidos, el decisivo papel que en la democracia han ido adquiriendo los medios de comunicación y el desmesurado afán de protagonismo de algunos jueces. Todo ello ha provocado una progresiva expansión de la jurisdicción en un país con escasa tradición en el reconocimiento de la cultura de la independencia judicial, se va debilitando así la frágil distinción entre política y justicia»⁴⁴²

La creciente participación e intervención de la actividad judicial en los conflictos políticos, actuando como verdaderos árbitros de las controversias existentes entre el poder político y los ciudadanos, ha generado una ampliación de la línea divisoria entre el derecho y la política y, con ella, una mayor reflexión sobre la relación entre lo jurídico y lo político, así como respecto a la judicialización de la política y la politización del derecho. El objetivo de este capítulo es justamente trazar una clara diferencia entre estos dos procesos, tan frecuentes en nuestras sociedades y separarlos de lo que aquí se va a entender por activismo judicial como concepto político clave del Estado de división de poderes. Y en este sentido defenderemos que el activismo judicial forma parte de un concepto republicano del Estado democrático.

Ruy Rosado Aguiar Junior, ministro del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, señala que «la incapacidad del Estado en regular, por la vía formal de la ley, las multifacéticas relaciones sociales, termina por poner en las manos del juez el encargo de hacer la adaptación del orden jurídico al mundo real»⁴⁴³ y deja claro que no se trata de un problema de falta de legislación, sino más bien que se legisla más y cada vez peor.

⁴⁴¹ Idem, p. 38 apud Dieter Grimm, *Die Verfassung und die Politik*. Einsprüche in Störfällen. München: Beck, 2001, pp. 26-27.

⁴⁴² María Ballester Cardell. “El papel del Consejo General del Poder Judicial en defensa de la independencia de los Jueces”. En *El Poder Judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Miguel Revenga Sánchez (coordinador). Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 139.

⁴⁴³ Ruy Rosado Aguiar Júnior. *A função jurisdicional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais*. El autor es ministro del Tribunal Superior de Justicia de Brasil. Artículo escrito en 17/11/1995,

El trabajo se realizará teniendo en cuenta cuatro países para evaluar la práctica del Activismo Judicial dentro de cada país y compararlo con la transformación sufrida por sus sociedades en ese tiempo. Esos países son Estados Unidos, España, Alemania y Brasil. Aquí empezamos con la descripción de los conceptos.

4.6.1 *Del activismo judicial*

La justicia como poder y la sociedad entendida como el cuerpo político de la *res publica* están fuertemente relacionadas y deberían estar conectadas (juntamente con los otros poderes) en una conexión horizontal, de cooperación. Esta es la exigencia central del republicanismo cuya divisa sigue siendo sociedad civil versus *res publica*. Podríamos decir que cualquiera de ellas es un producto de la otra, y su relación levanta algunas preguntas que pretendemos responder con este trabajo: ¿Es el activismo judicial adecuado para cualquier sociedad? ¿Es el resultado de la evolución de las sociedades donde se practica? ¿Cómo evolucionará junto con esas sociedades? ¿Es solo una forma de rellenar el hueco entre la justicia y la ley o una nueva forma de ver el papel del juez en el concepto de justicia dentro de la compleja articulación de las relaciones entre sociedad civil y política? ¿Su aplicación plantea algún problema de legitimidad democrática desde el punto de vista de la separación de poderes?

Para empezar, es importante dejar claro que es erróneo asociar el término activismo judicial con jueces liberales y la autocontención con jueces conservadores, ya que «las definiciones de activismo y autocontención deben abordar la forma en que se ejerce la discrecionalidad judicial, independientemente de la evaluación del resultado»⁴⁴⁴. Además, la propia Corte Suprema de los Estados Unidos desmitifica esa relación, una vez que los miembros son considerados mayoritariamente conservadores y es considerada, al mismo tiempo, como una corte activista en muchas áreas⁴⁴⁵. Por tanto, un juez o una corte

con motivo de la conferencia impartida en la Escuela Superior de Magistratura de Rio Grande do Sul – AJURIS, pp. 1-2.

⁴⁴⁴ Aharon Barak. *The Judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 265. (traducción propia).

⁴⁴⁵ Aharon Barak. *Op. cit.*, (2006). p. 265. Véase Thomas M. Keck. *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004; Ryan C. Black. *U.S. Supreme Court opinions and their audiences*. Cambridge, United Kingdom: Cambridge University Press, 2016.

puede ser activista y/o comedida dependiendo del grado de discrecionalidad que utiliza, de la proporcionalidad en que fundamente su argumentación.

Bradley C. Canon, consciente de que las discusiones sobre el activismo judicial generalmente dejan el término mal definido, buscó identificar seis elementos específicos que dan una estructura general al concepto. Son ellos: «(1) mayoritarismo: el grado en que las políticas adoptadas mediante procesos democráticos son judicialmente negadas, como cuando un tribunal invalida un estatuto inconstitucional aprobado por el legislativo; (2) estabilidad interpretativa: el grado en que las decisiones, doctrinas o interpretaciones judiciales anteriores cambian; (3) fidelidad interpretativa: el grado en que las disposiciones constitucionales son interpretadas en contra de las intenciones claras de sus redactores o las claras implicaciones del lenguaje utilizado; (4) distinción entre Sustancia/Proceso democrático (la sustancia es más determinante que el procedimiento democrático): el grado en que las decisiones judiciales toman una política sustantiva en lugar de afectar a la preservación del proceso democrático; (5) especificidad de la política: el grado en que una decisión judicial establece la política misma, en lugar de dejarla a discreción de otras agencias o individuos; y (6) la disponibilidad de un legislador alternativo: el grado en que una decisión judicial reemplaza una consideración sobre el mismo asunto por parte de otras agencias gubernamentales»⁴⁴⁶. A mí me parece un concepto que le falta algo de coherencia ya que una dimensión podría en la práctica estar incluida en otra y viceversa. Además, como ha dicho Aharon Barak es un concepto muy particular del Derecho Americano⁴⁴⁷, no pudiendo ser un concepto universalizable.

Lo que el activismo judicial pretende, además de dar significado y expresión a los valores, garantías, principios y derechos previstos en la Constitución, es que la resolución de conflictos sea coherente con la realidad social y política de la sociedad y que no le sea distante. Y esa coherencia no está basada en las preferencias y subjetividades de los jueces, sino más bien en la propia Carta Magna y los principios fundamentales allí previstos.

Los jueces están siempre sometidos a límites a la hora de juzgar. Tanto es así que Owen Fiss, haciendo mención al citado anteriormente caso *Brown vs. Board of Education*, no ve «el poder ilimitado de los magistrados de dar rienda suelta a sus deseos

⁴⁴⁶ Bradley C. Canon. “Defining the dimensions of Judicial Activism”. En *Judicature*. Volume 66. Nº 6. Diciembre-Enero, 1983, pp. 236-247. Acceso el 13/10/2017. Law Journal Library. <http://0-heinonline.org.cisne.sim.ucm.es/>

⁴⁴⁷ Aharon Barak. *The Judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 269. (traducción propia).

e intereses, sino, más bien, a unos funcionarios públicos situados dentro de una profesión, y vinculados, en cada momento, a las normas y convenciones que la constituyen. La actividad de juzgar implica mucho más que confrontar las palabras desnudas de la *Decimocuarta Enmienda* que ordenan que «ningún Estado podrá negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes»⁴⁴⁸. Por lo tanto, es importante que se diga pronto que el activismo judicial no propone turbar el desarrollo equilibrado del sistema político, sino más bien garantizar los derechos ya adquiridos de los ciudadanos y asegurar la soberanía popular.

Uno de los problemas iniciales que permea esta discusión sobre la expansión del poder judicial es la cuestión de quién debe tener, en una democracia, la autoridad final, quién debe tener la última palabra institucional. Aquí reside la esencia del Constitucionalismo y muestra la relación entre republicanismo y constitucionalismo. Hay quien defiende que el «Congreso tiene mejores credenciales»⁴⁴⁹, utilizando como argumentos generales «los relacionados con la igualdad, dignidad y autonomía de las personas, y con el valor epistémico de los procedimientos de toma de decisiones»⁴⁵⁰. Sin embargo, si entendemos que hay muchos méritos en el uso de la revisión judicial⁴⁵¹ en una democracia y que el poder del pueblo es superior al poder judicial y al poder legislativo es más fácil defender que la última palabra pueda ser del poder judicial, ya que este debe balizarse por las leyes y, sobre todo, por la Constitución, que es la mayor expresión de la voluntad del pueblo. Así que el poder judicial puede ser el protector de la Constitución, que es la razón de una persistencia histórica de un cuerpo político, valor importante de garantía de paz y de verdad social. Y además si este poder judicial da eco al poder ciudadano informal que hemos mencionado antes tendrá aún más legitimidad democrática para ser esa autoridad final. Eso porque la discusión pública siempre ha sido el procedimiento moralmente correcto y democrático para la toma de decisiones. Obviamente no se defiende aquí que en cualquier decisión del poder judicial deba ser oído el poder ciudadano informal para tener legitimidad, sino más bien que en los casos de gran repercusión pueda escucharlo, como la ya existente institución del *amicus curae*

⁴⁴⁸ Owen Fiss. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 261.

⁴⁴⁹ Sebastián Linares. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 98.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 97.

⁴⁵¹ Véase John Hart Ely. *Democracy and Distrust*. Harvard University Press, 1980; Roberto Gargarella. *La Justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

(amigos de la Corte). Hay que ver qué otras opciones hay para ese dialogo, como ampliar esa participación ciudadana.

No se trata de defender una «intromisión» de la jurisdicción en la política, sino más bien de encontrar una «posición institucional constitucionalmente correcta»⁴⁵² del poder judicial que dé voz al poder ciudadano informal, aunque los temas involucrados sean de orden político, así como que permita reconocer a los jueces como motores de cambio a través de la concreción de los derechos fundamentales de la Constitución y de adaptación del Derecho a la realidad de la sociedad. En otras palabras, sería ir a contramano del *self-restrain* judicial, que defiende que el juez debe limitarse a la aplicación de la ley y no debe inmiscuirse en lo que entiendan que es competencia del ejecutivo o del legislativo.

La idea de establecer un diálogo orgánico entre el poder ciudadano informal y el poder judicial tiene en cuenta la noción de «razón pública» del pensamiento rawlsiano, que sería aplicable a las cuestiones fundamentales de justicia – incluida aquí la justicia política que hace posible la continuidad del cuerpo político unitario y su despliegue en paz. Este es el argumento básico del republicanismo y del constitucionalismo, pues se puede entender una Constitución como una norma de justicia política. La defensa judicial de la Constitución debe mirar porque el juego de mayorías y minorías tenga condiciones de reversibilidad. Y esto puede cumplirlo mejor los jueces que los legisladores, que forman parte de ese juego de mayorías. En este sentido, los jueces pueden regular la justicia política de la Constitución escuchando la condición de ella: la unidad de pueblo, protegiéndola y fortaleciéndola. Esto puede aplicarse también a otras nociones de justicia capaz de crear diversos espacios del «foro público» que deje de lado las doctrinas comprehensivas del mundo, sean filosóficas, religiosas o morales, para dar espacio a una concepción política de la justicia colectiva que tenga reflejo en la política cotidiana y, sobre todo que sea compartida por todos los ciudadanos⁴⁵³.

No se puede negar que, en muchos casos, sobre todo en Brasil, esa interferencia de las decisiones judiciales genera la concretización de las políticas públicas, dejando clara la incompetencia o inercia de los otros poderes. Ojalá, como mínimo, eso pueda impulsar una reforma política.

⁴⁵² Luigi Ferrajoli. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 17 (nota 9).

⁴⁵³ John Rawls. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, pp. 213-214.

Dejamos el tema aquí de momento. Considerando que es nuestro tema central, en el siguiente capítulo trataremos de discutirlo más a fondo, aportando más datos para la línea de raciocinio que aquí se está desarrollando.

4.6.2 *De la judicialización de la política*

La expresión «judicialización de la política» fue utilizada por primera vez por Tate & Vallinder (1995)⁴⁵⁴ al tratar del fenómeno de la expansión global del poder judicial, del poder de los jueces, para referirse a la toma de decisiones judiciales en arenas políticas, donde antes no estaban presentes.

El protagonismo y la expansión del poder judicial demuestra una reducción de los «espacios de decisión de las instituciones político-representativas» y trae riesgos a la democracia. Es decir, las condiciones políticas deficitarias de alguna manera permiten la promoción de la judicialización de la política. Las causas para esa expansión son muchas, pero algunos autores destacan: a) la omisión y el vacío institucional dejado por el poder legislativo y ejecutivo; b) la crisis del positivismo jurídico; c) el crecimiento de la presión y del conocimiento de la sociedad; d) el perfeccionamiento de las instituciones judiciales y e) la constitucionalización de los derechos fundamentales⁴⁵⁵.

En las palabras de Luís Roberto Barroso, judicialización significa que «algunas cuestiones de larga repercusión política y social están siendo decididas por órganos del Poder Judicial, y no por las instancias políticas tradicionales: el Parlamento y el Poder Ejecutivo», envolviendo, por lo tanto, «una transferencia de poder para los jueces y tribunales, con alteraciones significativas en el lenguaje, en la argumentación y en el modo de participación de la sociedad»⁴⁵⁶ En este sentido, sería algo que es independiente del Poder Judicial, por tratarse del tratamiento en juicio de una determinada causa política y que genera una obligación, en virtud de la ley, de que el tema sea analizado

⁴⁵⁴ C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p. 13.

⁴⁵⁵ Ernani Rodrigues de Carvalho. *Em busca da judicialização da política no Brasil. Apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia e política. N° 23. NOV 2004, pp. 115-126.

⁴⁵⁶ Luís Roberto Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, vol. 5, n° 1, 2012, pp. 23-32.

judicialmente. Parafraseando una observación de Alexis de Tocqueville sobre Estados Unidos, es importante que se diga que no hay ninguna controversia moral o política en el mundo del nuevo constitucionalismo que tarde o temprano no se convierta en una cuestión judicial⁴⁵⁷. Se trata de una tendencia global hacia la «juristocracia». Como bien han dicho C. Neal Tate y Torbjorn Vallinder «para bien o para mal, la judicialización de la política puede ser o puede convertirse en una de las tendencias más significativas en el gobierno de finales del siglo XX y principios del siglo XXI»⁴⁵⁸.

Hay incluso quien describe ese fenómeno de expansión del poder judicial como «criminalización de la responsabilidad política»⁴⁵⁹, considerando que son llevadas a la justicia penal demandas para censurar decisiones de los órganos del gobierno, pero no trataremos de sus pormenores para no correr el riesgo de expandir excesivamente esta investigación, porque lo que nos interesa aquí directamente es el fenómeno del activismo judicial. Baste con decir que la vía regia de la judicialización de la política sugiere un déficit considerable en la vigencia de un concepto adecuado de responsabilidad política, síntoma a su vez de un sistema político incapaz de dirimir sus conflictos de cara a la representación política correcta. Cito aquí algunos ejemplos claros y recientes de judicialización de la política en Brasil, Estados Unidos, Alemania y España.

a) *Caso Brasileño*

En el caso de Brasil, el crecimiento exponencial de las demandas judiciales y la relevancia en el escenario político y social de los mecanismos de control judiciales, tales como los controles de constitucionalidad, permiten diagnosticar esa expansión del poder judicial y la judicialización de la política en el país⁴⁶⁰. Sin embargo, no se debe echar la culpa al control de constitucionalidad de las leyes del Parlamento, ya que la revisión judicial es una institución esencial dentro de un estado democrático de derecho, tanto para su consolidación, como para su mantenimiento⁴⁶¹, porque garantiza la concreción de los

⁴⁵⁷ Alexis de Toqueville. *On Democracy*. New York: Knopf, 1945, p. 280.

⁴⁵⁸ C. Neal Tate y Torbjorn Vallinder. *The global expansion of Judicial Power*. New York University Press, 1995, p. 5.

⁴⁵⁹ Véase Boaventura de Sousa Santos. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Lisboa: Afrontamento, 1996.

⁴⁶⁰ Varios estudios empíricos demuestran esa expansión, entre ellos destaco el trabajo de Luiz Jorge Werneck Viana, científico social brasileño, que escribió la obra *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* (Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios e Marcelo Burgos). Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁴⁶¹ Donald L. Horowitz. "On Constitutional Courts: A primer decision makers". En *Journal of Democracy*. Vol. 17, nº 4, octubre-2006, pp. 125-137. Disponible en: <http://www.journalofdemocracy.org/sites/default/files/Horowitz-17-4.pdf>, acceso el 1 de octubre de 2017

derechos fundamentales y somete a las autoridades políticas a la legalidad. Además, la institución de la revisión judicial, y diría que también el fenómeno del activismo judicial, son empleados para «perfeccionar el funcionamiento de las instituciones democráticas»⁴⁶² y es así es como deben ser tratados.

El fenómeno de la judicialización de la política tiene causas variadas en el caso de Brasil: la redemocratización y la Constitución de 1988 (conocida como constitución ciudadana y que es extremadamente analítica y detallista); la propias acciones (o inacciones) de los agentes políticos; la ampliación del papel institucional de la Fiscalía (Ministerio Público) a partir de la transición democrática; ampliación de la jurisdicción constitucional, sobre todo a través del amplio control de constitucionalidad (control de constitucionalidad difuso y concentrado)⁴⁶³; una mayor conciencia de los derechos y la propia ciudadanía y los cambios sociales y políticos que afectan a la sociedad.

Como bien ha apuntado Barroso «constitucionalizar una materia significa transformar Política en Derecho»⁴⁶⁴ y, por lo tanto, el debate sobre acciones de concreción de los derechos reconocidos en la Constitución, la discusión sobre políticas públicas es llevada al poder judicial. Temas como la Bioseguridad, que resultó en la liberación de las investigaciones con células-madre (STF ADIn nº 3.150); Reconocimiento de Unión Estable en las Uniones Homosexuales (STF ADIn nº 4.277 y ADPF nº 178); Ley de Imprenta (STF ADPF 130 – Acción de Descumplimiento de Precepto Fundamental); Tierras indígenas Raposa Serra do Sol en Roraima (Acción Popular 3388 y otras demandas); la Fiscalía y su papel en la investigación criminal; los límites de actuación de las CPIs (Comisiones Parlamentarias de Investigación), etc. Una constatación del Magistrado de la Corte Suprema Brasileña Barroso demuestra el cambio de protagonismo del Legislativo para el Poder Judicial: «las audiencias públicas y el juicio sobre las investigaciones con células-madre embrionarias por el Tribunal Supremo Federal han

⁴⁶² Sebastián Linares. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 91.

⁴⁶³ Como veremos más adelante las entidades que pueden presentar una demanda de control de constitucionalidad de una ley en Brasil son numerosas, conforme al artículo 103 de la Constitución de 1988: presidente de la República; mesa del Senado; mesa de la Cámara de los Diputados; Gobernador del Estado o Distrito Federal; Responsable máximo de la Fiscalía (Fiscalía General de la República); Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil; entidades públicas y privadas, sociedades de clase de ámbito nacional y confederaciones sindicales.

⁴⁶⁴ Luís Roberto Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, pp. 23-32.

tenido mucho más visibilidad y debate público que el proceso legislativo que resultó en la elaboración de la ley»⁴⁶⁵.

Un ejemplo claro de esta insatisfacción de las personas con los actos del gobierno y su consecuente transferencia de responsabilidades políticas hacia el poder judicial, utilizando el control difuso del sistema de revisión judicial brasileño, es el importante aumento en el número de casos dirigidos a la justicia federal que empezó precisamente entre los años 1990 y 1991, justo cuando salió a la luz uno de los planes económicos más intervencionistas de la historia brasileña: el plan Collor. Desde entonces hay millones de demandas tratando de este tema y colapsando el sistema judicial con un tema de cuño político⁴⁶⁶.

En las acciones de competencia de la Corte Suprema brasileña actúan a) el representante del Poder Judicial: en la figura del propio tribunal; b) el representante del poder legislativo: el Abogado General de la Unión; c) el representante del Poder Ejecutivo: Fiscalía General de República; y, puede actuar, d) el representante de la Sociedad Organizada: *Amicus Curiae*. El *amicus curiae* funciona como un tercer interviniente que actúa en las diversas demandas de competencia del STF (Tribunal Supremo Federal), no solamente en las acciones de control de constitucionalidad concentrado, siempre y cuando se trate de derechos supraindividuales, que no dicen nada respecto a un individuo determinado, sino más bien que pertenecen a una colectividad o que estén relacionados con una sociedad.

Cito como caso brasileño reciente, el de la Primera Sala del Tribunal Supremo (STF), del 26 de septiembre de 2017, que ha decidido, por tres votos a dos, apartar al Senador de la República Aécio Neves (PSDB-MG) de su cargo y ha impuesto al político brasileño el arresto nocturno domiciliario. El senador es acusado por la Fiscalía de haber recibido pagos ilegales de la empresa JBS (corrupción pasiva) y actuado en conjunto con el presidente de la República, Michel Temer, para impedir las investigaciones de la operación anticorrupción llamada «Lava Jato» (obstrucción de la justicia). La palabra final es del pleno de la Corte Suprema brasileña, momento en que votarán los once integrantes del Tribunal Supremo Federal (STF). Sin embargo, algunos miembros del

⁴⁶⁵ Luís Roberto Barroso. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, pp. 23-32.

⁴⁶⁶ Datos del Tribunal Supremo Federal brasileño. www.stf.gov.br. Véase en Rogério B. Arantes. “Constitutionalism, the expansion of the Justice and the Judicialization of Politics in Brazil”. En *The Judicialization of Politics in Latin America*. Rachel Sieder, Line Schjolden and Alan Angell (editors). England: Palgrave Macmillan, 2005, pp. 231-262.

Senado, que también son investigados, defienden que el arresto nocturno constituye una pena restrictiva de libertad, es decir, la misma naturaleza que la pena de prisión y, por lo tanto, debería ser aplicado el párrafo 2º, del artículo 53 de la Constitución Federal de Brasil que reza que:

§ 2º Desde la aprobación del acta de nombramiento, los miembros del Congreso Nacional no pueden ser presos, salvo en flagrante delito de crimen que no admita fianza. En este caso, los autos serán remitidos dentro de las veinticuatro horas siguientes a la Cámara respectiva, para que, por el voto de la mayoría de sus miembros, decida sobre la prisión. (Redacción dada por la Enmienda Constitucional nº 35, de 2001). [La traducción es mía]

Pretendían por lo tanto que la decisión de la Corte Suprema que no determinó la prisión y si el arresto domiciliario nocturno pasase por el aval del Senado, por medio de votación en Plenario, por la mayoría de sus miembros. Y lo han hecho así. El día 17 de octubre el Senado Brasileño ha decidido, con 44 votos a favor y 26 votos en contra, revisar la decisión de la Corte Suprema y devolver el mandato al Senador Aécio Neves. Vemos así que la mayor parte de la judicialización de la política tiene que ver con problema de autoejecución por parte del sistema político de la responsabilidad política.

b) *Caso Americano*

Caso *Bush vs. Gore* (531 U.S. 98) que ya fue mencionado en el apartado sobre la división de poderes. Es un caso de judicialización de la política, en la medida en que la elección presidencial del año 2000 fue definida por la Corte Suprema estadounidense. Aquí no tenemos una falta de responsabilidad política, sino un procedimiento arcaico de recuento de votos que no logra disponer de consenso claro de reforma y ni siquiera de consenso político de interpretación y ejecución. Claramente esta disputa judicial por la presidencia americana sirvió de paradigma para influir⁴⁶⁷ en que el destino de varias elecciones alrededor del mundo fuera determinado por los tribunales, siendo algunos de estos casos el de la Corte Suprema italiana, en 2006, que aprobó la victoria de Romano

⁴⁶⁷ Véase Richard L. Hasen. “A critical Guide to Bush vs. Gore Scholarship”. En *Annual Review of Political Science*. nº 297, 2004, pp. 297-313.

Prodi sobre Silvio Berlusconi⁴⁶⁸ o el caso del Tribunal Federal Electoral mejicano que rechazó la acusación de fraude en las elecciones presidenciales de 2006 realizada por Andrés Manuel López Obrador y, con eso, se ha garantizado la victoria de Felipe Calderón⁴⁶⁹.

c) *Caso Alemán*

La Corte Federal Constitucional Alemana (*Bundesverfassungsgericht* – BverfG) tiene reconocido su papel en la política y en el cambio de la sociedad, siendo considerado un «*policymaker*»⁴⁷⁰ por su poder jurisdiccional del control de constitucionalidad abstracto y concreto, así como debido a sus respuestas a las demandas constitucionales, bien en la normalización de las relaciones de Alemania con los organismos de la Unión Europea, en la medida en que permite mediar entre organismo en disputa. Además, con la interpretación de las normas de la Constitución esta Corte también influencia la elaboración de las políticas a seguir.

d) *Caso Español*

En el caso español, el referéndum en Cataluña es un buen caso para demostrar que la inacción del poder Ejecutivo resulta en la transferencia de responsabilidad para el poder Judicial, mediante el uso de los poderes del Tribunal Constitucional para convertirlo en una institución con capacidad de competir con el ejecutivo catalán.

Este proceso de judicialización de la política a la larga es dañino para la democracia, porque invierte y subvierte de alguna forma las principales funciones entre los poderes y deja claro que el ejecutivo y/o el legislativo, así como organizaciones políticas y sindicatos no han hecho bien su papel porque son incapaces de dar una respuesta a las demandas políticas y han transferido al poder judicial la responsabilidad de solucionar esos problemas. Sin embargo, es posible apuntar algún aspecto positivo, ya que somete a aquellos que ejercen el poder político al derecho y garantiza el derecho de los ciudadanos⁴⁷¹. En este sentido, dijo Miguel Carbonell en el prólogo de una obra de Ferrajoli que «el nuevo papel de los jueces ha permitido avanzar hacia una

⁴⁶⁸ Véase <http://www.dw.com/en/court-gives-prodi-green-light-to-govern-italy/a-1974186-1>. Acceso el 2 de octubre de 2017.

⁴⁶⁹ Véase https://elpais.com/diario/2006/07/16/internacional/1153000814_850215.html. Acceso el 2 de octubre de 2017.

⁴⁷⁰ Christine Landfried. “Germany”. En *The Global Expansion of Judicial Power International Political*. New York: New York Press, 1995, pp. 307-324.

⁴⁷¹ Carlo Guarnieri y Patricia Pederzoli. *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua. Bogotá: Taurus, 1999. p. 9.

“juridificación” del sistema democrático, sometiendo la política a la lógica de la legalidad»⁴⁷².

El activismo judicial se relaciona con la judicialización de la política en la medida en que ambos generan ese protagonismo del poder judicial, pero son fenómenos completamente distintos y poseen, por lo tanto, causas y consecuencias diferentes. En un diccionario de derecho, en la definición de Activismo Judicial encontramos que está definido como una «filosofía de la toma de decisiones judiciales mediante la cual los jueces permiten, entre otros factores, sus opiniones sobre la política pública para guiar sus decisiones»⁴⁷³. Como veremos esta es una aproximación intuitiva y poco elaborada teóricamente del activismo judicial. En su momento veremos nuestra posición.

Con el fenómeno de la judicialización de la política se transfiere a los jueces «la responsabilidad de considerar las posibles soluciones alternativas, de imaginar sus consecuencias respectivas, de evaluar y, por último, de tomar una decisión con la mirada puesta constantemente en el futuro. Así pues, una lógica “prospectiva”, idéntica a la que se considera propia de los actores políticos»⁴⁷⁴.

En este sentido, sabiendo que la Constitución es la «médula del constitucionalismo»⁴⁷⁵, el marco de principios aplicable y que orienta a todos, entendemos que solamente con su rigurosa aplicación y siempre haciendo uso del genuino dialogo democrático conseguiremos disminuir (no digo frenar) el ritmo del fenómeno de la judicialización de la política. Sin embargo, el fenómeno no podrá eliminarse del todo por la tendencia implícita del sistema político a evadir responsabilidad y a generar conflicto en escalada, dada la lucha política por los votos.

Muchas veces hay demandas complejas que llegan a los tribunales con problemas de interpretación en el proceso bastante diferentes y cuyos retos multifacéticos exigen que la solución de los problemas esté más allá de una interpretación constitucional simple, siendo necesario traer a la luz otros documentos ratificados por sus Parlamentos, como pueden ser los tratados internacionales. Es aquí donde ubico el fenómeno del activismo judicial, apartándolo de los fenómenos de la judicialización y de la politización. Por lo tanto, son tres fenómenos distintos: judicialización de la política, activismo político y

⁴⁷² Luigi Ferrajoli. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 17.

⁴⁷³ Brian A. Garner. *Black's Law Dictionary*. St. Paul, Minnesota: Thomson-West, 2009.

⁴⁷⁴ Carlo Guarnieri y Patricia Pederzoli. *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua. Bogotá: Taurus, 1999, pp. 19-20.

⁴⁷⁵ María Isabel Garrido Gómez. *La función de los Jueces: Contexto, Actividades e Instrumentos*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2014, p. 15.

politización de la justicia, y mucho de lo que aparece como activismo judicial no debería ser activismo judicial y eso vale para los otros fenómenos también. Los jueces no deberían canalizar la política por otros medios. Esta tesis no defiende esto. Por lo tanto, no defiende que se produzca una judicialización de la política, que se persiga la corrupción y los delitos contra la Administración Pública solo por medios judiciales, que se persiga destruir a enemigos políticos por medios judiciales, etc. Eso no sería la forma legítima del activismo judicial. La forma legítima del activismo judicial, desde un punto de vista de lo que es la legitimidad democrática, basada en el concepto de justicia material, sería de otra naturaleza, como vamos a desarrollar mejor en el tópico sobre activismo judicial.

4.6.3 *De la politización de la justicia*

El término politización⁴⁷⁶ en las instituciones judiciales posee dos significados distintos. Por un lado, se refiere a la influencia política sobre las Cortes Judiciales en sus juicios, en sus agentes, los jueces, y en su proceso de toma de decisiones y, por otro, en el sentido de las consecuencias políticas que puedan tener las decisiones judiciales⁴⁷⁷. José Luis R. Ibáñez sostiene que la politización en España tiene varias facetas: además de la elección de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial por los partidos políticos o de las presiones de toda índole sobre los jueces o de los nombramientos discrecionales, hay otra politización interna que se refiere a la ideología de los jueces en sus resoluciones⁴⁷⁸.

Tanto la politización de la justicia como la judicialización de la justicia son deformaciones o perversiones de la relación política-justicia que trasladan al Poder Judicial conflictos que deberían haber quedado en la esfera política y modos de operar que no terminan de caracterizar la necesaria separación de los poderes (como por ejemplo el nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional por el poder ejecutivo) y

⁴⁷⁶ Carl Schmitt usa el término politiquización de la justicia. Véase *La defensa de la Constitución*. Trad. de Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998, p. 57.

⁴⁷⁷ Michael Hein and Stefan Ewert. "What is «Politicisation» of Constitutional Courts? Towards a Decision-oriented Concept». En *Law, Politics, and the Constitution. New Perspectives from Legal and Political Theory*. Frankfurt am Main: Academic Research, 2014, p.33.

⁴⁷⁸ José Luis Requero Ibáñez. *El asalto a la justicia: la última barrera ante el totalitarismo*. Madrid: Ciudadela Libros, 2009, p. 27.

que siempre supone una mácula a la independencia y al funcionamiento del poder judicial. ¿Cómo los jueces pueden ejercer una crítica independiente, así como su legítima potestad de control de los poderes políticos cuando fueron propuestos por estos? Es necesario evitar esta imagen de confusión/control/dependencia entre la política y la justicia, así como promover y fortalecer la independencia judicial y política de los jueces para que el poder judicial pueda ser visto como fuente de legitimidad democrática.

El influente juez Richard Posner, refiriéndose a los Estados Unidos, afirma que el Tribunal Supremo es un tribunal político y añade que «cuanto más preocupado se ve al Supremo en los casos constitucionales polémicos, más parece un órgano político con una discrecionalidad de amplitud comparable a la del legislativo»⁴⁷⁹. Y siendo una institución judicial extraordinaria, hay que cuidar que no haya politización de sus miembros.

Es perceptible en la investigación aquí realizada que si el país experimenta un período de autoritarismo, como ha ocurrido a lo largo de la historia reciente en Brasil, Alemania y España, tras él se abre la puerta a reforzar las instituciones de defensa de las garantías de los ciudadanos, como lo es el poder judicial y la figura del magistrado. Un proceso en expansión que sigue su ritmo en detrimento de un empobrecimiento y, por qué no decirlo, del debilitamiento de los otros poderes. Y eso precisamente conlleva dejar espacio a fenómenos como la judicialización de la política y la politización de la justicia. Como ha dicho Alcaraz Ramos, los partidos políticos acaban colonizando las instituciones y tienden a no asumir más responsabilidad que la electoral⁴⁸⁰. Y no solo eso, las complejas relaciones políticas y las crispaciones y falta de consenso entre los partidos políticos mayoritarios perjudican el desenvolvimiento de las relaciones existentes entre la justicia y la política⁴⁸¹.

Trato ahora de ejemplificar con dos casos españoles para dejar clara la distinción entre los referidos fenómenos y constatar su existencia concreta.

El hecho de que los miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial sean propuestos por los partidos políticos, cuanto menos resulta

⁴⁷⁹ Richard Posner. *Op. cit.*, 2011, pp. 300-303.

⁴⁸⁰ Manuel Alcaraz Ramos. “La Complejidad y la incertidumbre en la globalización y sus efectos sobre la representación y la participación política”. *Revista Catalana de Dret Públic*. Nº 38, 2009, pp. 247-272. Acceso el 10/11/2016. Véase en <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/viewFile/2182/n38-alcaraz-es.pdf>

⁴⁸¹ Victoria Rodríguez Blanco. *La Politización de la justicia: claves de una realidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 83.

sintomático de la politización de la justicia, haciendo que ambos –Tribunal y Consejo– sean considerados por la ciudadanía como instituciones politizadas.

He de apuntar aquí a título de ejemplo un caso conocido en julio de 2013 que reveló que el presidente del Tribunal Constitucional Español, Francisco Pérez de los Cobos, era afiliado y militaba en un partido político⁴⁸² desde que era magistrado e incluso cuando tomó posesión del cargo del presidente del alto tribunal, en 2010. A través de una nota informativa, el Tribunal informó que la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no establecen incompatibilidad para los magistrados en el sentido de pertenecer a partidos políticos, colegios profesionales o asociaciones, sino únicamente de ejercer una función directiva en ellos (artículo 159.4 de la Constitución). Sin embargo, esa interpretación no es unánime entre los constitucionalistas, ya que muchos entienden que la incompatibilidad es clara. Además, se defendió que, no siendo el Tribunal Constitucional parte del Poder Judicial, no se les aplicaría la incompatibilidad y las prohibiciones que corresponden a los miembros del Poder Judicial. A mi modo de ver, eso es injustificable, debería ser aplicable esa incompatibilidad.

De cualquier manera, compaginar esa condición de afiliado con el ejercicio del cargo de magistrado del Tribunal Constitucional, lo coloca en una posición ética y política nada cómoda, ya que se cuestiona su imparcialidad e independencia; y, por supuesto, tiene su reflejo en la confianza ciudadana en relación con la Corte como institución. Los barómetros de opinión del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS)⁴⁸³ revelan el descontento, y también desconocimiento sobre funciones y responsabilidades de instituciones, como por ejemplo del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), y de los ciudadanos en relación con las instituciones judiciales. La plataforma cívica conocida como Plataforma por la Independencia Judicial presentó en 2014 una queja a la Organización de las Naciones Unidas para denunciar la politización de la justicia española⁴⁸⁴.

De esta manera, queda evidente la necesidad de disminuir o acabar con esa influencia política sobre el Poder judicial, comenzando por el sistema de selección de los magistrados y vocales del Consejo General del Poder Judicial y asegurando que sus

⁴⁸² https://politica.elpais.com/politica/2013/07/19/actualidad/1374186823_768702.html. Acceso el 17/10/2016.

⁴⁸³ Véase http://www.cis.es/cis/openm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=5177. Acceso el 16/10/2016.

⁴⁸⁴ Véase <http://pcij.es/denuncia-ampliatoria-a-la-onu/> Acceso el 17/11/2016.

miembros no estén vinculados a ningún partido político. Esta es una larga tradición española. Sobre el tema de la politización de la justicia versus la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo durante el período de 1836 a 1881, Braulio Díaz Sampedro dedicó una obra completa⁴⁸⁵.

Otra mención de la politización de la justicia que debemos hacer es el conflicto entre el gobierno español y la Generalitat de Cataluña en relación con la resolución aprobada por el Parlamento Catalán sobre las líneas directivas para el proceso de independencia (con aprobación de la declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo catalán). Es un claro ejemplo de que no hubo solución política y fue trasladado al Tribunal Constitucional a través de la impugnación por parte del gobierno de la Resolución nº 5/X, de 23 de enero de 2013. La historia se repite y nos damos cuenta de que la politización de la justicia en España sigue su curva ascendente. La consecuencia para el sistema judicial al vivir ese período de alta politización de la justicia es lo que Boaventura de Sousa Santos llamó «bifurcación», que sería una situación de inestabilidad del sistema en la que cualquier alteración podría ocasionar efectos imprevisibles y de gran importancia⁴⁸⁶.

En todo caso, la politización de la justicia suele ser el índice de sistemas compactos de poderes, de formas de funcionamiento estatal entregadas a elites oligárquicas que cubren sus actuaciones confusas con los poderes legitimadores de la justicia, o de sociedades con economía poco transparentes que tienen necesidad de protegerse de posibles exámenes judiciales.

Finalmente, hay que registrar que la politización de la justicia es siempre dañina para la imagen y el propio desarrollo del poder judicial porque significa hacer política con la justicia y alterar su naturaleza, su función y su correcto funcionamiento como órgano independiente. Y sencillamente no se puede hablar de una justicia democrática, si no hay independencia del poder judicial. Por lo tanto, es fundamental despolitizar la Justicia, pero siendo conscientes de que en este tema siempre habrá resistencia de los partidos políticos mayoritarios, ya que el poder del juez y su control político les resulta muy atractivo.

⁴⁸⁵ Véase Braulio Díaz Sampedro. *La politización de la justicia. La designación de los Magistrados del Tribunal Supremo (1836-1881)*. Madrid: Dykinson, 2005.

⁴⁸⁶ Santos, Boaventura de Sousa. *Bifurcação na Justiça*. Site www.dhnet.org.br. Acceso el 12 de enero de 2017.

4.7 EL ACTIVISMO JUDICIAL, LA FUNCIÓN SOCIAL Y POLÍTICA DEL PODER JUDICIAL Y LA REDEMOCRATIZACIÓN DE LA JUSTICIA: ESTUDIO DE CASOS

El tema del activismo judicial es extremadamente vasto y no debe confundirse con el tema de la politización de la justicia que acabamos de analizar. Por tanto, no se trata aquí de hacer un recorrido completo sobre el tema, sino más bien de puntuar las principales ideas relacionadas con el activismo judicial y luego traer casos concretos en que se ha configurado la postura activista del intérprete o del tribunal y hacer las ponderaciones pertinentes, analizando los elementos puntuales de las decisiones para que puedan servir para defender la tesis contenida en este trabajo.

Para empezar, como hemos dicho al principio de esta tesis, pretendemos organizar un concepto con impronta normativa desde el punto de vista de la filosofía política. En la medida en que el activismo judicial tiene en cuenta procesos reales de la vida social, se configura como un concepto político. Activismo judicial es un concepto político de nuevo cuño ya que no ha emergido en el siglo XVII ni en el siglo XVIII en Europa donde dominaba la teoría clásica de la división de poderes, sino que ha emergido -descontadas algunas excepciones como Estados Unidos- en sociedades complejas en las que se tienen que articular las dimensiones sociales y democráticas con las propias del Estado de derecho. La expresión «activismo judicial» parece haber sido acuñada por Arthur Schlesinger, Jr., en un artículo de enero de 1947 en la Revista *Fortune*, en el que describía a los nueve jueces que entonces componían el Tribunal Supremo estadounidense y los clasificaba en perfiles proclives al activismo judicial o a la autocontención⁴⁸⁷.

Según la teoría de Reinhart Koselleck, todo concepto político es a la vez «un índice y un factor», esto es, por una parte, nos informa de la realidad y tiene por tanto un contenido fenomenológico y epistemológico de observación de fenómenos, de lectura de problemas sociales; y, por otra parte, es un factor, esto es, produce efectos, genera dinámicas políticas, produce actuaciones, activa la praxis. En el decir de José Luis

⁴⁸⁷ Véase Keenan Kmiec. “*The origin and current meanings of judicial activism*”. En *California Law Review* Vol. 922004, pp. 1441-1478. Igualmente, en <https://www.britannica.com/topic/judicial-activism>. Acceso el 2 de diciembre de 2017.

Villacañas «los cambios y las mutaciones del significado de los conceptos pueden ser un *índice* relevante para mostrar la continuidad, el cambio o el devenir de las estructuras históricas»⁴⁸⁸. *El activismo judicial es índice de cambios en la estructura de poder, pero también es un factor y la produce.*

Lo importante de todo concepto político es la manera en que se configura la proporcionalidad entre su dimensión de índice y su dimensión de factor. Hay una serie de elementos índice del concepto de activismo judicial que no voy a tratar precisamente para redefinir, para organizar la dimensión de factor. Naturalmente esa estructura, ese equilibrio, esa ordenación de las relaciones entre sus dimensiones de índice y de factor nunca son definitivas; esto es, los elementos conceptuales de un concepto político en último extremo se rigen por las relaciones entre funciones y aspectos que a su vez no son totalmente conceptuales. Eso significa que son de naturaleza práctica, no lógica (o, por lo menos, no integran una lógica perfecta). Todos los conceptos políticos tienen una estructura defectiva, esto es, no se pueden determinar perfectamente, nunca se cierra su estructura, su función de índice cambia con su praxis como factor y viceversa, porque las cosas que ellos relacionan son dinámicas, históricas. Por lo tanto, como todo concepto político, el de activismo judicial no se cierra, no puede perfeccionarse y es defectivo. Y lo importante en él es la forma en que los conceptos políticos son hipotéticos y prácticos. Identifico en esta tesis, por lo tanto, una hipótesis de partida, una elaboración hipotética de un concepto político de activismo judicial acerca del cual se pretende dar razones sin presentar conclusiones definitivas, sino con la idea de producir una reflexión ordenada sobre un fenómeno social en sí mismo desordenado y abierto.

Nótese que la continuidad y los cambios en los conceptos, en las estructuras políticas, económicas y sociales son puntos fundamentales para la teoría koseleckiana, que afirma que los conceptos políticos deben tener una relación con el propio dinamismo histórico, con sus continuidades y discontinuidades. Son conceptos «temporalizados»⁴⁸⁹ que nunca se cierran justamente por la relación que existe entre los conceptos, la voluntad política y la realidad, el estado de las cosas en cada momento. Para comprenderlos hace falta comprender «su movimiento histórico, su espacio de validez y su situación temporal»⁴⁹⁰. A veces, puede pasar que los conceptos y los estados de cosas permanezcan

⁴⁸⁸ José Luis Villacañas Berlanga. “Historia de los conceptos y responsabilidad política: un ensayo de contextualización”. *Res publica*, 1, 1998, p. 148.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, pp.141-174.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p.147.

estables o se transformen simultáneamente o que aquellos cambien sin que haya una transformación concomitante de la realidad o que, por fin, el estado de cosas cambie, pero los conceptos no. En nuestro caso, tanto el concepto de activismo judicial como la realidad están concomitantemente en evolución. Y esto significa que estamos ante un síntoma que concierne a la estructura evolutiva y temporal de la sociedad contemporánea.

A mi modo de ver, la función judicial en el estado de Derecho es conectar, al aplicar las normas a los casos concretos, los preceptos de los principios jurídicos fundamentales y los casos de la vida real. Eso sí, siempre haciendo uso de la prudencia jurídica. No hay que hablar aquí, por lo tanto, de «aplicación mecánica» del silogismo jurídico en Derecho⁴⁹¹. Y esa correspondencia con la vida real y la necesidad de proteger los derechos fundamentales abre el camino para el activismo judicial.

Dentro de esa actitud de defensa y promoción activa de los derechos fundamentales desde la judicatura podemos destacar al Tribunal Supremo estadounidense en los años sesenta, presidido por Earl Warren y compuesto por una mayoría liberal, que a través de sus sentencias, y entre otras cosas, acabó con la segregación racial en las escuelas públicas de Estados Unidos, mejoró la protección legal de los sospechosos de haber cometido un delito, terminó con la obligación de rezar y leer la Biblia en las escuelas públicas, y confirmó la protección constitucional del derecho a la privacidad. Sin duda alguna, las decisiones de aquella época de la Corte Suprema cambiaron la manera de ver el *judicial review* y el gobierno democrático.

Acertadamente, Aharon Barak relaciona el activismo judicial (y la autocontención también) con «el papel judicial de cerrar la brecha entre la ley y la realidad cambiante de la sociedad y el papel de proteger la constitución y sus valores»⁴⁹² y, por eso, no hay que pensar que siempre tiene cabida el activismo judicial. El juez debe valorar su oportunidad y necesidad. En algunas circunstancias, o en algunos casos concretos puede resultar indebida o ilegítima su aplicación. De ahí que mantengamos la aspiración normativa, con las cautelas propias de prudencia que concierne a todo concepto político. En todo caso, el activismo judicial depende de la función proactiva del juez. No es una pasiva influencia como sucede en la judicialización de la política.

⁴⁹¹ Fernando Quintana Bravo. *Prudencia y justicia en la aplicación del Derecho*. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2001 (Recurso electrónico en la biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid), p. 241.

⁴⁹² Aharon Barak. *The Judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 270. (traducción propia).

En esta misma línea de raciocinio, la definición de este autor del fenómeno del activismo judicial debe destacarse:

El activismo judicial es la tendencia judicial, consciente o inconsciente, de lograr el equilibrio adecuado entre los valores sociales en conflicto (como los derechos individuales contra las necesidades del colectivo, la libertad de una persona contra la de otra, la autoridad de una rama del gobierno contra otro) a través del cambio en la ley existente (invalidando un estatuto inconstitucional de la legislación secundaria que entra en conflicto con un estatuto, revirtiendo un precedente judicial) o creando una nueva ley que no existía previamente (interpretando la constitución o la legislación, desarrollando el derecho común). Al cambiar una ley existente o crear una nueva ley, el juez activista no vacila en invalidar una política legal creada por otras ramas del gobierno en el pasado, por los jueces que lo precedieron o por individuos. Para lograr sus objetivos, el juez activista está dispuesto a desarrollar nuevas medidas judiciales y medios (que incluyen sistemas de interpretación, formas de desautorizar los precedentes, reglas que abren las puertas de los litigantes) que le permitirán cambiar la ley existente o crear nueva ley⁴⁹³.

Es un concepto que provoca algunas cuestiones relevantes. En primer lugar, ¿puede haber activismo inconsciente? Nosotros apostamos en esta tesis por un activismo dotado de cierta normatividad y por tanto descartamos la legitimidad de un activismo inconsciente. Consideramos que un activismo inconsciente en el fondo responde única y exclusivamente a una actitud irreflexiva del juez, una actitud impulsiva de intervención que no tiene una estructura conceptual, no tiene una estructura normativa, por lo tanto, este activismo inconsciente no está reconocido aquí como legítimo. Solo reconocemos como tal aquel activismo que se vincula conscientemente a la norma.

El argumento contrario al activismo judicial parte de la idea de que al declarar inconstitucional una ley, que presumiblemente refleja el deseo de los votantes y al frustrar la aplicación/ejecución de esta ley se genera un conflicto con el poder legislativo. Por lo tanto, el poder judicial debería simplemente negarse a pronunciarse sobre temas que envuelvan cuestiones políticas⁴⁹⁴. De ahí surgen ideas o doctrinas, ya mencionadas anteriormente, que pueden resumirse como el «*minimalismo judicial*», «*virtudes pasivas*», «*constitucional de evitación*» o «*restricción judicial*».

⁴⁹³ Aharon Barak. *Op. cit.*, p. 271. (traducción propia).

⁴⁹⁴ Andrew Nolan. “*The Doctrine of Constitutional Avoidance: A Legal Overview*”. En *Constitutional Inquiries. The doctrine of Constitutional Avoidance and the Political Question Doctrine*. Editor Kelly R. Doyle. New York: Nova Science Publishers, Inc., 2015, pp. 6-7.

Sobre la relación entre el control de constitucionalidad y el activismo judicial procede realizar dos aportaciones importantes. En primer lugar, el control de constitucionalidad (*judicial review*) no es lo mismo que activismo judicial. Naturalmente, puede haber activismo judicial en sede de control de constitucionalidad, porque la interpretación constitucional exige además de la «comprensión valorativa y científico-cultural»⁴⁹⁵ de la Constitución, la concretización y la actualización permanente de las disposiciones constitucionales sobre los derechos fundamentales. Y de acuerdo con Xabier Santisteban, esa actualización se nutre de muchas maneras, sea por jurisprudencia constitucional, por tratados internacionales ratificados por el país, por política de derechos fundamentales, por datos normativos extraídos de otros Estados democráticos por comparación jurídica⁴⁹⁶. Es este, precisamente, el terreno fértil en que trabaja el activismo judicial con el objetivo de concretizar y actualizar los derechos fundamentales. En segundo lugar, tampoco es sinónimo de activismo judicial el protagonismo de las Cortes Constitucionales. El activismo es una actitud y el protagonismo del poder judicial es un hecho, que puede o no estar acompañado de esta actitud activista. Obviamente, ambos tienen impactos sociopolíticos y, por eso mismo son tachados de usurpación de poderes. Sin embargo, lo que estamos intentando demostrar en esta tesis es justamente que el activismo judicial, de la manera en que lo planteamos, no viola el ordenamiento jurídico, está basado en la Constitución, porque busca la concretización de los derechos fundamentales y para ello necesita interpretarla. No hay que hablar aquí, por lo tanto, de usurpación de poder. Como bien apuntó Mark Dawson, el activismo judicial surge no solo porque no hay un significado original, simple y delicadamente delineado en la Constitución, sino también porque ese significado está fracturado en varias metas y objetivos, que pueden entrar en conflicto fácilmente entre sí. Al mismo tiempo, la Constitución puede colocar estos valores en un espíritu de igualdad, sin proporcionar medios obvios para reconciliarlos. En ausencia de una orientación legislativa, o cuando los valores fundamentales están en juego, los tribunales, por lo tanto, no tienen más remedio que elegir entre ellos o encontrar una manera de que estos valores opuestos

⁴⁹⁵ Xabier Arzo Santisteban. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 339.

⁴⁹⁶ Idem.

puedan equilibrarse⁴⁹⁷. Esa búsqueda del equilibrio, de lo justo para el caso concreto es una actitud que se encuadra dentro de lo que llamamos aquí activismo judicial.

Volviendo al tema de la restricción judicial, me pregunto si esta tesis o si esa evitación, ese minimalismo no significa retirarse de su propia función, que es interpretar y proteger las leyes que sean compatibles con la Constitución y los derechos fundamentales que se derivan de ellas. Y también me pregunto qué tipo de política jurídico-constitucional debemos seguir. Desde luego, lo que se percibe es que el temor a la inseguridad jurídica de una conducta arbitraria por parte de los jueces es siempre el argumento decisivo en el rechazo del activismo judicial. En este sentido, la arbitrariedad debe limitarse por la argumentación jurídica basada en principios jurídicos fundamentales. Es importante recordar aquí lo que la famosa fórmula de Radbruch nos enseña: que la seguridad jurídica, que es un principio formal, prevalece sobre el principio de la justicia, principio material, siempre y cuando no estemos bajo la circunstancia de la injusticia extrema⁴⁹⁸. Sin embargo, esa injusticia extrema puede venir de la aplicación desnuda de la ley. *Summun ius summa iniuria*⁴⁹⁹. Por eso, el activismo judicial tiene que ver con lo justo, no con la justicia. Así lo destacó Alexy, en un texto que defiende la fórmula de Radbruch⁵⁰⁰, al dejar claro que el argumento de violación de la democracia y de la separación de poderes en el caso del control de constitucionalidad demostraría un rechazo de la imprescindible vinculación del legislador con los derechos fundamentales, controlable por el poder judicial.

En este sentido, menciono el importante comentario de Tocqueville cuando se refería a la organización judicial de los Estados Unidos en el que decía que muchas veces el juez es «arrastrado a la fuerza al terreno político» y que estas cuestiones políticas deben ser solucionadas porque están conectadas al interés de los litigantes y negarse a resolverlas significa directamente cometer una injusticia. Nos esclarece el autor francés que en Estados Unidos los jueces son «una de las primeras fuerzas políticas» y que del poder de negar la aplicación de una ley si un juez la estima contraria a la Constitución

⁴⁹⁷ Mark Dawson. “*The political face of judicial activism: Europe’s law-politics imbalance*”. En *Judicial Activism at the European Court Justice*. Mark Dawson, Bruno de Witte y Elise Muir. (Editors) Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013. p. 30.

⁴⁹⁸ Jorge Alexander Portocarrero Quispe. *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 253.

⁴⁹⁹ La extrema justicia es extrema injusticia.

⁵⁰⁰ Robert Alexy. “Una defensa de la fórmula de Radbruch”. En *Anuario da Facultad de Derecho de la Universidad da Coruña*, 1999, pp.75-95. <http://www.ruc.udc.es>. Acceso el 26/01/2017.

«dimana una gran influencia política»⁵⁰¹. Sin embargo, entiendo que esta repercusión política no debe ser motivo para negar a los jueces el derecho de declarar la inconstitucionalidad de las leyes o tratar de los problemas políticos que llegan hasta ellos, pues eso significa que no habrá ninguna barrera legal que detenga el poder legislativo. Se trata de un punto neurálgico para el equilibrio entre los poderes. La política en estos casos es una parte del republicanismo completamente necesaria al sentido de la salud pública y nada tiene que ver con la política de parte del ejecutivo y del legislativo, sino con la coherencia normativa del sistema legal y constitucional, en la medida en que afecta a derechos fundamentales. Lo mismo se puede decir del activismo judicial que excede al control de constitucionalidad.

Otro punto de argumentación de los críticos del activismo judicial se establece respecto a una posible violación de la división de poderes, ya que los jueces no son elegidos por el pueblo. A mi entender no es posible encarar el activismo judicial como ruptura o violación del principio de la separación de poderes por parte del Poder Judicial solo debido a que sus miembros no fueron elegidos democráticamente y, por eso, les faltaría legitimidad. Es una argumentación vacía, ya que una de las funciones esenciales del Poder Judicial es exactamente controlar los poderes. Claro está que el pensamiento tradicional de separación de poderes ya no sirve para solucionar los problemas actuales que reclaman una respuesta rápida y efectiva del poder judicial. Y lo que hay que pensar es que el activismo judicial abre las puertas a nuevas posibilidades que no pueden ignorar los cambios que las sociedades están demandando.

Cito ahora algunos casos de activismo judicial. Con el análisis de estos casos pretendemos demostrar como al margen de las miles de sentencias que forman parte de la actividad judicial normal, podemos identificar algunas que no se caracterizan como actividad normal del poder judicial, sino como propias del activismo judicial, como fenómeno que responde a la necesidad de concreción del principio de la dignidad humana. Algunos de ellos son derivados del control de constitucionalidad, pero la mayoría son ejemplos del activismo judicial más allá del control constitucional. La dignidad de la persona humana que es, en el decir de Ingo Wolfgang Sarlet, la calidad intrínseca de cada ser humano que lo hace merecedor de respeto por parte del Estado y de la comunidad, debiéndose, en este sentido, garantizar a todos los seres humanos las condiciones

⁵⁰¹ Alexis de Tocqueville. *La democracia en América*, Vol. 1. Madrid: Alianza Editorial, 2006, pp. 154-160.

existenciales mínimas para una vida digna y saludable, así como su protección contra cualquier acto degradante o deshumano⁵⁰². Es en la dignidad de la persona humana, fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho y principio central de la Constitución, que «el orden jurídico encuentra su propio sentido, siendo su punto de partida y su punto de llegada»⁵⁰³.

Es importante señalar que, si no se interpreta bien el constitucionalismo, esto es, si no se interpreta bien la necesidad de cooperación de los poderes, entonces los poderes pueden tener las manos atadas y ser impotentes. Si el constitucionalismo implica que la Constitución genere la legislación propia que supere los vacíos legales, y si se desoyen las exhortaciones de los jueces y de las sentencias, evidentemente se hace un uso espurio del principio ejecutivo y del principio legislativo y se entra en un conflicto con los jueces. El hecho de que ahí se genere un conflicto testimonia que el activismo judicial ni está suficientemente impuesto ni reconocido, porque en el fondo se considera que sus sentencias son técnicas y no responden a intereses populares. La división de poderes no estaría funcionando bien en este caso porque se rechazaría la posibilidad de conexión del poder judicial con el principio democrático, algo que cuando se trata de derecho fundamental no debe excluirse. Lo que pide un poder, el otro lo niega y utilizar el poder legislativo para silenciar el poder judicial no es una relación sana de la división de poderes.

a) Caso brasileño

El activismo judicial es una consecuencia teórica del constitucionalismo y ha sido facilitado en gran medida por la competencia de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad. Implica un criterio de ilegalidad/inconstitucionalidad, y, positivamente, un criterio de análisis de lo político, es decir, la constitución no solo limita, sino que habilita una aplicación de los principios jurídicos supremos de la Constitución en la sentencia judicial. De lo que se trata en el activismo judicial es de entender esa habilitación como algo que no corresponde solamente al poder ejecutivo y al poder legislativo, sino también al poder judicial, mediante sus sentencias, sus juicios particulares.

⁵⁰² Ingo Wolfgang Sarlet. *Dignidad da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 73.

⁵⁰³ Flávia Piovesan. “*Direitos Humanos. O princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988*”. En *Doutrinas Essenciais. Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 317.

Con relación al activismo judicial afirma Barroso que estaría más asociado a «una participación más amplia e intensa del poder judicial en la concreción de valores y fines constitucionales, con mayor interferencia en el espacio de actuación de los otros dos Poderes»⁵⁰⁴. Y sigue el autor enumerando las diferentes conductas activistas. Son ellas: a) aplicación directa de la Constitución a situaciones no expresamente contempladas en su texto, independientemente de la manifestación del legislador ordinario; b) declaración de inconstitucionalidad de actos normativos emanados del legislador con base a criterios menos rígidos que los utilizados en caso de patente violación de la Constitución; c) imposición de conductas o abstenciones al Poder Público, sobre todo en materia de políticas públicas.

Tomamos la última conducta como referencia para presentar un ejemplo considerado emblemático del activismo judicial en Brasil por el volumen de demandas existentes en todo el país y por la condena de diferentes entes públicos, a nivel nacional, regional y municipal. Me refiero al caso de la distribución subvencionada de medicamentos y la aplicación de terapias que no constan en los protocolos del Ministerio de Salud o su equivalente en las esferas estatales y municipales.

El número de demandas involucrando la asistencia sanitaria -un ejemplo de derecho perentorio (derechos cuya falta impide incluso una vida precaria)⁵⁰⁵ como apuntamos anteriormente y que concierne a la vida digna de la población brasileña- en tramitación en el Poder Judicial brasileño es tan alto y, por tanto, el correspondiente gasto de recursos públicos derivado de esos procesos judiciales, que el Consejo Nacional de Justicia publicó la resolución n° 31, de 30 de marzo de 2010⁵⁰⁶, después de la realización de la Audiencia Pública n° 4, realizada por la Corte Suprema Brasileña. El Consejo Nacional de Justicia, CNJ, es una institución pública que tiene como objetivo perfeccionar el sistema judicial brasileño, sobre todo en lo que respecta al control de la transparencia administrativa y procesual y, en su resolución n° 31/2010 recomienda a los tribunales que adopten medidas que busquen un mejor soporte a los magistrados y demás operadores del

⁵⁰⁴ Luís Roberto Barroso. “*Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*”. En [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n° 1, 2012, pp. 23-32.

⁵⁰⁵ Según el artículo 2 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Véase http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

⁵⁰⁶ Disponible en <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1195>, acceso el 15/10/2017

derecho para asegurar una mayor eficiencia en la solución de las demandas judiciales envolviendo el tema de la asistencia a la salud.

b) Caso estadounidense

Un ejemplo destacable de tribunal activista en Estados Unidos se ha dado entre 1953 y 1969, cuando el Tribunal Supremo estadounidense fue presidido por Earl Warren⁵⁰⁷. No adoptaron funciones que no les correspondían, sino más bien «los magistrados de la Corte Warren se limitaron a aplicar, pero con todas sus consecuencias, lo que con claridad se podía deducir del texto constitucional vigente»⁵⁰⁸. El ejemplo clásico ya mencionado antes fue el caso *Brown vs. Board of Education* (1954), que trató de la previsión constitucional de la igualdad racial en las escuelas. Un miembro de la sociedad John Birch⁵⁰⁹, convencido de que el activismo judicial de la Corte de Warren era peligroso porque se aproximaba del comunismo, llegó a decir que «él (Warren) nos esclavizará a todos»⁵¹⁰. Es posible decir, sin temor a equivocarse, que la Corte Suprema de Estados Unidos ha sido y sigue siendo una inspiración de esta postura activista del juez para muchos otros países, sobre todo en América Latina.

Para citar un ejemplo más reciente, saco a colación el caso *Lawrence vs. Texas* (2003)⁵¹¹, donde la Corte Suprema estadounidense modificó uno de sus precedentes que estuvo en vigor durante diecisiete años, el caso *Bowers vs. Hardwick* (1986). Consistió en la impugnación de una ley estatal de Georgia que penaliza, con hasta veinte años de prisión, algunas prácticas homosexuales. Hardwick fue arrestado por un acto de sodomía, cuando la policía lo sorprendió en su casa con otro hombre. Al final, no llegó a ser procesado, pero emprendió una demanda civil contra el estado, alegando que la ley era inconstitucional. En aquella ocasión, la Corte Suprema entendió que Georgia tenía derecho a utilizar la ley penal para imponer el código moral de la mayoría. En el caso *Lawrence v Texas*, la Corte entendió que la decisión anterior era inapropiada para la sociedad actual⁵¹². De acuerdo con David Robertson, la decisión en el caso *Lawrence*

⁵⁰⁷ Véase Mark Tushnet (editor). *The Warren court in historical and political perspective*. London: Virginia University Press, 1993; Artemus Ward. *Historical dictionary of the U.S. Supreme Court*. Lanham, Maryland: Rowman & Littlefield, 2015; Jim Newton. *Justice for All: Earl Warren and the Nation He Made*. N.Y: Riverhead Books, 2006.

⁵⁰⁸ Luigi Ferrajoli. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 18.

⁵⁰⁹ La Sociedad John Birch es un grupo de defensa conservador fundado en 1958 que se autodenomina anticomunista y partidario de un gobierno limitado. Es considerada una organización de extrema derecha.

⁵¹⁰ Jim Newton. *Justice for All: Earl Warren and the Nation He Made*. New York: Riverhead Books, 2006, p. 386.

⁵¹¹ *Lawrence vs. Texas*, 539 US 558 (2003); *Bowers vs. Hardwick*, 478 US 186(1986)

⁵¹² David Robertson. *The Judge as political theorist. Contemporary Constitutional Review*. Princeton: Princeton University Press, 2010, pp. 2-5.

muestra una modernización autoconsciente de valores. Mientras en el caso *Bowers* se trataba de la actividad sexual entre ellos, en *Lawrence* la cuestión es más profunda y concierne a dignidad humana. Ambos casos plantean la cuestión de si el pensamiento legal y constitucional fuera de los Estados Unidos cuenta en los tribunales estadounidenses. El referido autor menciona que la mayoría de los jueces en el caso *Lawrence* concedió gran importancia, entre otras cosas, a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque consideran que la opinión moral en las democracias desarrolladas es una medida importante. Sin embargo, para la minoría, estos asuntos son completamente irrelevantes, ya que solo los aspectos de la historia moral de los Estados Unidos son relevantes o pueden ser citados legítimamente⁵¹³. Además, apenas a título de mención, destacó algunas decisiones que pueden ser consideradas activistas y que afectan directamente a los derechos de los homosexuales (*Obergefell vs. Hodges*); o el sistema de cuidados de la salud universal (*National Federation of Independent Business vs. Sebelius*); o el derecho de voto de las minorías (*Shelby County vs. Holder*).

J. Waldron hace una crítica a la *judicial review* considerando básicamente dos principales argumentos. En el primero, entiende el autor que no hay razón para sostener que los derechos estarían mejor protegidos con el control de constitucionalidad que con las legislaturas democráticas; y el segundo, que es el argumento más conocido, que faltaría legitimidad democrática a los tribunales para ejercer la *judicial review*⁵¹⁴ (control de constitucionalidad de las normas). Si partimos de la idea de que los tribunales son esenciales a la democracia y que sin ellos no se puede hablar en gobierno democrático, quizá sea más fácil entender la necesidad de control de constitucionalidad de las normas y de esta actitud creadora del Derecho por parte de los jueces como algo legítimo y necesario.

El propio Weber trató de este tema cuando se refirió a la justicia de Cádiz⁵¹⁵, apuntando que incluso en aquellas comunidades políticas con bases precarias, en que no hay fijación previa de las reglas jurídicas ni precedentes judiciales, necesitan de los tribunales para constituir un sistema de gobierno. Suprimir esa revisión judicial de la constitucionalidad de las normas (uso el ejemplo de la revisión judicial porque muchos autores aluden a este instrumento como una de las causas del activismo judicial y, otros,

⁵¹³ David Robertson. *Op. cit.*, p. 4.

⁵¹⁴ J. Waldron. *The core of the Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal nº 115, 2006, pp. 1346-1360.

⁵¹⁵ Max Weber. *Economía y Sociedad*. Madrid: FCE, 1993, p. 394.

incluso confunden ambos entre sí) es, de alguna forma, vaciar la propia función del Tribunal Constitucional. Eso no genera seguridad jurídica.

En el caso *United States vs. Butler* 297 U.S. 1 (1935) el magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos defendió que «a veces se dice que el Tribunal asume un poder para desautorizar o controlar la acción de los representantes del pueblo. Esto es erróneo. La Constitución es la ley suprema del país, orientada y creada por el pueblo (...) cuando una ley del Congreso es debidamente impugnada en los tribunales como no conforme con el mandato constitucional, la rama judicial del gobierno tiene solo un deber, comparar el artículo de la Constitución que es invocado con la ley que ha sido recurrida y decidir si la segunda se conforma al primero»⁵¹⁶. Por eso no considero que el activismo judicial se pueda reducir a una revisión constitucional.

Ahora bien, es muy importante que se distinga el fenómeno del activismo judicial de la *judicial review* (que muchas veces son tratados como sinónimos). El primero, como ya hemos dicho, es una actitud proactiva que busca la concreción de los derechos fundamentales. La segunda es un instrumento jurídico previsto en algunas constituciones, que facilita pero que no determina la existencia del activismo judicial. Muestra que la Constitución es algo vivo, que debe revisarse cada cierto tiempo según la evolución histórica de la sociedad. Un ejemplo claro, es Israel, donde no existe un instrumento similar al *judicial review*, pero la Corte Suprema es considerada activista y asume su papel en la creación de Derecho⁵¹⁷. Ahora bien, es cierto que el mayor protagonismo del poder judicial en lo que se refiere a formulación de políticas públicas se da a través de las *judicial review* y/o demandas de contenido constitucional.

Menciono, finalizando, dos casos recientes de decisiones monocráticas sobre el tema de la inmigración en los Estados Unidos. El primero, en que un juez federal en Hawai emitió una orden nacional, en marzo de 2017, que bloquea la orden ejecutiva 13769 del presidente Trump, denominada «Protección de la Nación contra la Entrada de Terroristas Extranjeros en Estados Unidos», cuyo contenido limita fuertemente tanto el viaje como la inmigración de personas desde varios países de mayoría musulmana; y, el segundo caso, sobre el mismo asunto, en el que un juez en Maryland también falló contra

⁵¹⁶ Ramón Ruiz Ruiz. *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*. Navarra, Aranzadi, 2016, p. 77. Apud Pacelle, R. L. *The role of the Supreme Court in American politics*, *Op. cit.*, p. 14.

⁵¹⁷ Kenneth M. Holland (Ed.) *Judicial Activism Comparative Perspective*. New York: St. Martin's Press, 1991, pp. 2-3.

la aplicación de dicha orden ejecutiva del presidente Trump. En las fechas en que escribo este texto el asunto ha llegado hasta el Tribunal Supremo.

c) Caso alemán

Un ejemplo de sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal alemán que puede ser considerada activista orientada a evitar una vida precaria se refiere al caso *BVerfG, 1 BvL 1/09*, de 9 de febrero de 2010, donde las disposiciones del Código de Seguridad Social fueron declaradas «contrarias al derecho a un mínimo existencial». Es decir, el Tribunal consideró que algunos dispositivos legales del Código de Seguridad Social habían lesionado «el derecho fundamental a la garantía de un mínimo existencial resultante de la dignidad humana»⁵¹⁸. El caso llegó a la Corte Suprema alemana cuestionando la constitucionalidad en «tres procesos tramitados antes en tribunales de la jurisdicción social en que se reclamaba el pago o reconocimiento de prestaciones dinerarias en montos superiores a los establecidos en esa legislación»⁵¹⁹. El tema de fondo había sido negado en primera instancia, pero llegó hasta el Tribunal Constitucional por vía de la apelación para tratar el tema de la inconstitucionalidad del texto legal. Y así lo estimó la Corte Suprema, con los fundamentos que aquí nos interesan.

Como bien apunta Jesús Casal, hubo una interpretación del derecho de respeto y de protección de la dignidad de la persona humana en concordancia con el principio del Estado social y, con esta interpretación, un cambio de postura de la Corte Suprema alemana en los derechos de carácter prestacional, que, en un primer momento dejaban a «salvo la reserva del legislador»⁵²⁰, pero que «la jurisprudencia se ha decantado en la dirección de reconocer la garantía judicial de derechos fundamentales prestacionales»⁵²¹, al menos en relación con la protección de la dignidad humana», conforme el artículo 1º, párrafo 1 (respeto y protección de la dignidad humana) combinado con el artículo 20, párrafo 1 (principio del Estado social), ambos de la Ley Fundamental⁵²².

En general, y como veremos en la entrevista con el expresidente de la Corte Suprema alemán Dieter Grimm (en anexo), el Tribunal Constitucional alemán intenta

⁵¹⁸ Jesús M. Casal. “La Garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión”. En Víctor Bazán (Ed. Académico). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. N° 5, Facultad de Derecho Universidad de Chile y Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2015, p. 37.

⁵¹⁹ Jesús M. Casal. *Op. cit.*, p. 37.

⁵²⁰ Eran derechos tratados en el ámbito de la «reserva de lo posible».

⁵²¹ Los derechos prestacionales son aquellos previstos en el artículo 6º, párrafo 4 de la Ley Fundamental, tales como derecho de la madre a la protección y asistencia; derecho a la protección a la dignidad humana, etc.

⁵²² Jesús M. Casal. *Op. cit.*, Idem.

relativizar el impacto político de sus decisiones, e interferir lo mínimo posible en la actuación del legislador, optando siempre por la advertencia o pedido de rectificación al poder legislativo, en los casos de omisiones o inconstitucionalidad.

Otro caso que merece la pena citar es una discusión entre el Tribunal Landgericht Köln y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE. Así, ilustramos un caso de discusión sobre el activismo en la Unión Europea envolviendo un tribunal alemán.

De acuerdo con Mielle Bulterman y Corinna Wissels, el tema del activismo judicial y la división de poderes rara vez se discute en el TJUE. Sin embargo, recientemente, se le ha dado al TJUE la oportunidad de reflexionar sobre este tema. Actualmente está pendiente ante el TJUE el caso *Germanwings GmbH vs. Amend*. Es un caso de seguimiento de la sentencia del TJUE *Sturgeon vs. Condor Flugdienst GmbH* (C-402/07) sobre los derechos de los pasajeros con referencia a los retrasos y cancelaciones en los vuelos. Sin embargo, en el caso *Germanwings* (C-413/11), no se le ha pedido al TJUE que aclare las implicaciones de su decisión en el caso *Sturgeon*. El tribunal remitente, el *Landgericht Köln*, preguntó al TJUE si su interpretación del Reglamento 261/2004, en el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, es compatible con el principio de separación de poderes dentro de la UE. Por lo tanto, la cuestión del activismo judicial y la separación de poderes se ha convertido en la cuestión central en un caso del TJUE⁵²³.

d) Caso español

Probablemente el caso español más emblemático de activismo judicial envuelve la «jurisdicción universal»⁵²⁴ y el nombre del exjuez Baltasar Garzón. El proceso penal del año 1998 en que se acusaba al exdictador chileno Augusto Pinochet por crímenes contra la humanidad y graves violaciones de los derechos humanos, como delitos de genocidio y desaparición de personas, resultó en la detención de Pinochet en Londres y su retención en el Reino Unido entre octubre de 1998 y marzo de 2000, así como que a su vuelta a Chile fuera investigado por las autoridades nacionales⁵²⁵. En aquel momento

⁵²³ Mielle Bulterman, Corinna Wissels. “Strategies developed by and between national governments to interact with the ECJ”. En *Judicial Activism at the European Court of Justice*. Mark Dawson, Bruno de Witte y Elise Muir. (Editors) Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2013, p. 278.

⁵²⁴ Véase artículo 23 de la Ley Orgánica nº 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial. Otros casos citados: casos de genocidio en Guatemala y en el Tíbet; el caso Scilingo, etc.

⁵²⁵ Sobre ese caso, véase Pilar Urbano. *Garzón, el hombre que veía amanecer*. Barcelona: Plaza y Janés, 2000; Geoffrey Robertson. *Crimes against Humanity. The Struggle for Global Justice*. Londres: Penguin Books, 2000.

el estatuto de la jurisdicción universal atribuía poderes de investigación a los jueces españoles y a la Audiencia Nacional para conocer casos que envolvieran abusos graves cometidos fuera del territorio nacional. No obstante, hubo varias alteraciones en los apartados 4 y 5 en los años 2009, 2014 y 2015 en que, básicamente, se determinaba conocer los delitos contra la humanidad allí enumerados (como genocidios, terrorismo, lesa humanidad, crímenes de tortura, etc.) desde que quedase acreditado que los criminales responsables eran españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española o que se encontrasen en territorio español, o que exista vínculo de conexión relevante con España o haya víctimas de nacionalidad española. Como se ve, no basta con tener herramientas, casi siempre las hay. Hace falta esa postura activa del juez y el sentido de servicio público para ejercer el activismo judicial.

Es obligación de todo el poder público proteger y respetar la dignidad de la persona humana y los derechos humanos. Dicho de otra manera, la idea es que todos los poderes estén vinculados a los derechos fundamentales y que no permitan ninguna vulneración, exigiéndose por lo tanto una acción positiva (protección) y una acción negativa (respeto)⁵²⁶. Defender que el poder judicial no puede hacer uso del activismo judicial es lo mismo que no apoyar el poder de vetar una legislación ilegal o inconstitucional, como ocurrió en el pasado. La interpretación de las leyes y de la Constitución tiene el objetivo de averiguar si los intereses del poder legislativo y ejecutivo están alineados con los derechos e intereses de los ciudadanos⁵²⁷, así como con los valores dominantes en la comunidad.

Además, hemos visto en el tópico anterior que el acto de juzgar es una labor integradora e interpretativa y, caracterizada por la «imprevisión acerca del comportamiento del juez» que conlleva, por eso mismo, una «dimensión política»⁵²⁸. Solo el hecho de que haya alternativas para elegir, ya genera esa incertidumbre en la actividad jurisdiccional, incertidumbre que aumenta conforme lo hace la existencia de los elementos que mencionamos anteriormente. El propio Ferrajoli deja claro que el carácter

⁵²⁶ Rafael Jiménez Asensio. *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*. Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 195-196.

⁵²⁷ M. J. C. Vile. *Constitucionalismo y separación de poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 181.

⁵²⁸ Perfecto Andrés Ibáñez. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007, p. 16.

político de la actividad de los magistrados es «un dato de hecho» y no resultado de una opción ideológica⁵²⁹.

4.8 CONCLUSIÓN

A la vista de estos datos, las conclusiones más evidentes y destacadas, hasta aquí, son las siguientes: para empezar, podemos decir que, efectivamente, el constitucionalismo y, sobre todo el neoconstitucionalismo, es la principal premisa para que el activismo judicial tenga sentido; es decir, tiene que haber una constitución que establezca derechos universales y establezca poderes y vincule estos poderes a los derechos allí reconocidos. Lo que hace el activismo judicial es resolver de un modo más ágil que el de la política formalizada las relaciones entre estos derechos fundamentales que establece la constitución y su implementación material. Por lo tanto, va más allá del control de constitucionalidad y genera una relación entre derechos, constitución y democracia específica y propia. Queda claro, por lo tanto, que esa actuación proactiva de los intérpretes del Derecho es una actuación de la vida política y, por eso, se basa como hemos dicho antes en el principio de la razón insuficiente propia del sentido del juicio.

En este escenario, la discrecionalidad judicial es un aspecto «central e inevitable del Derecho»⁵³⁰, que debe ser un sistema dotado de flexibilidad y fluidez para responder a las cuestiones de la sociedad, que esté en constante evolución, y que a la vez genere seguridad jurídica a través de limitaciones específicas y procedimentales a la discrecionalidad de los jueces predeterminada en el sistema jurídico. Es decir, que no se trata de alcanzar la hegemonía judicial a través de esta discrecionalidad, de esa libertad de decidir. Obviamente no se trata aquí de defender que el activismo judicial abre la posibilidad del juez de violar la ley. No es así, sino todo lo contrario. Como bien ha dicho Aharon Barak, «el concepto de activismo o de autocontrol opera solo cuando el fallo judicial es conforme a la ley, dentro de la zona de razonabilidad judicial»⁵³¹.

⁵²⁹ Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, R. Cantarero, J. Terradillos y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 170.

⁵³⁰ Keith Hawkins. *The Use of Discretion*. Oxford, Clarendon, 1992, p. 11.

⁵³¹ Aharon Barak. *The Judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 264. (traducción propia)

La postura proactiva del juez es muchas veces necesaria, porque no es posible alcanzar la realización social del derecho dejando de lado el valor de la justicia material, y eso porque los principios axiológicos también con parte del Derecho, que fue construido por la sociedad y, por lo tanto, tal como afirma Ferrajoli, somos responsables por su producción, su interpretación, su proyección y su defensa, añadiendo que no solo es derecho el «derecho que es», sino también el «derecho que jurídicamente debe ser»⁵³².

El fenómeno de la expansión del poder judicial que hemos tratado en el presente trabajo viene generando bastantes críticas, sobre todo porque los tribunales están siendo protagonistas en el escenario político con decisiones relacionadas con las cuestiones de implementación de políticas públicas. Lo cierto es que, si se ha abierto un nuevo espacio para la jurisdicción, es porque se exige su mayor implicación en la defensa de los derechos fundamentales y una mayor responsabilidad por parte del poder judicial con los valores más altos del ordenamiento jurídico.

El estudio de casos aquí ofrecido pretende, además de identificarlos, analizar si estos casos judiciales están relacionados con demandas populares, con exigencias o ecos incumplidos de la constitución, si existe alguna conexión entre los movimientos populares y las demandas, o si hubo alguna elaboración de un proceso político, porque es necesario distinguir la actividad normal del juez y el activismo judicial. Habrá activismo judicial cuando la decisión en el fondo responda a demandas populares, cuando haya una eficacia movilizadora o cuando ayude a crearla y a generar un debate público que se pueda llevar a los actores políticos o legislativos. De esta manera, se evidencia el compromiso de cooperación entre los poderes.

Nótese que el activismo judicial para ser defendible debe ser visto como una construcción de los derechos humanos al servicio de una vida no precaria y, por tanto, que incluya el reconocimiento del derecho que tiene todo ciudadano de nuestra sociedad a gozar de una renta mínima, a gozar de una vivienda mínima y a gozar de una salud mínima. Por lo tanto, el activismo sería un programa, no dependería solo de la opinión pública, no estaría basado en un populismo que promete «el oro y el moro» al ciudadano, sino que estaría basado fundamentalmente en un programa democrático que impida sobre todo la vida precaria. Ese programa es propio del poder ciudadano democrático. Lo que hace el poder ciudadano informal es identificar aquellos derechos que deberíamos

⁵³² Luigi Ferrajoli. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2011, pp. 803-804.

considerar inalienables, derechos perentorios, que no podemos dejar de exigir. Y esto sería un programa de opinión pública que estaría defendido como su punta de lanza por el poder judicial. Este, con sus sentencias concretas, se implicaría en la cooperación con los otros poderes del estado, pues debería estar en condiciones de influir en el poder legislativo y en el poder ejecutivo. Porque el activismo del poder judicial no es un fin en sí mismo, no tiene como finalidad que los jueces sean los actores definitivos de la política. Tiene como finalidad que los jueces en una teoría adecuada de cooperación de poderes, estén en condiciones de recoger en sus sentencias concretas el sentido y la canalización de esos derechos perentorios y exigir mediante la cooperación con los demás poderes que tenga su traducción ejecutiva y su traducción legislativa. Sin lugar a dudas, esa cooperación tendría un impacto directo en la consolidación y calidad de la democracia de los países.

En este sentido, el poder ciudadano informal, ampliamente deliberativo, debería ser escuchado por los jueces por el activismo judicial en la medida en que lleva consigo una serie de derechos para evitar la vida precaria y que estaría fundamentalmente caracterizado por aquello que debería ser universalizable, esto es, aquello cuya no implementación destruye la dignidad de la persona humana y, por tanto, son elementos completamente universalizables (derecho a una vivienda, a una asistencia médica, a una renta mínima). La relación entre el poder ciudadano informal y el activismo judicial determina una primera formalización del debate público, incluso entre minorías, que recibiría mediante una sentencia, un nuevo impulso, una formalización y una sistematización capaz de proyectarla a debates más concretos.

Como se ve, estamos haciendo un concepto normativo, no un concepto fenomenológico, de lo que nuestra sociedad entiende por activismo judicial. Es cierto que hemos tratado de los rudimentos y del organismo propio del constitucionalismo, pero no por su valor en sí, no porque eso sea el valor de la tesis, sino porque este es el punto de partida para mostrar en el estudio de los casos qué significa el activismo judicial. Por lo tanto, es importante que se diga que muchas de las cosas que en nuestra sociedad aparecen como activismo judicial, deben ser rechazadas desde un concepto normativo de activismo judicial, que debería centrarse en aquello que tiene soporte de justicia, soporte de una idea material de justicia, y capacidad de concretarse en casos de reconocimiento de lo justo.

El poder ciudadano formal no sería fuente del derecho inmediato. Si fuera así entonces estaríamos en un populismo o en un constitucionalismo popular. El derecho lo producen los poderes y en este caso concreto lo produce el poder judicial. El único punto

es que el poder judicial no se basa en la forma vinculante de la letra de la ley para la producción de sentencias, en el articulado concreto, sino que se basa en principios jurídicos fundamentales, cuya interpretación completa en cada momento histórico debe hacerse en relación con el sentido democrático que rige eso que hemos llamado poder ciudadano informal. El poder ciudadano dentro de cien años puede ser que interprete el sentido de la protección de la dignidad y de prevención de la precariedad de un modo diferente a como lo interpreta hoy, pero si nuestras calles se llenan de personas desahuciadas, el poder ciudadano elaborará deliberaciones y argumentaciones para que eso sea considerado como la interpretación material del derecho a una vivienda y del derecho a una vida no precaria. El concepto de activismo judicial es, por lo tanto, un concepto político, en tanto tiene en cuenta esta referencia al sentido democrático de un pueblo en un momento dado.

De esta forma, el activismo puede ser interpretado tanto un instrumento «estabilizador», en la medida que busca la materialización de los derechos fundamentales y, a través de ella, el cambio social, como un instrumento «desestabilizador», ya que disminuye la tensión existente entre el «discurso aspiracional de las Constituciones» y las «limitaciones y dificultades institucionales que impiden esa materialización»⁵³³ provocando nuevas legislaciones. Ahora bien, no debemos confundirlo con ninguna postura progresista, pues es posible la existencia de activismo judicial en pleno ambiente conservador, como es el caso de Estados Unidos en el siglo XX.

Aharon Barak al tratar del tema del activismo judicial deja claro que «un juez que declara lo que es el derecho, sin crear una nueva ley (un nuevo derecho), no ejerce ni activismo ni autocontención (*self-restraint*). Un juez que emite una opinión sosteniendo que el límite de velocidad en una particular carretera es como se estipula en el estatuto de tráfico actúa como la «boca» de la legislatura. Por lo tanto, su declaración no es ni activista ni restringida; él no hace más que declarar lo que existe». Y concluye el autor: «el activismo o el autocontrol (*self-restraint*) existen solo cuando los jueces hacen la ley (en el sentido de innovación en el derecho, es decir, crean el derecho)»⁵³⁴. Si existe alguna pretensión de limitar esa postura activa del juez, quizá podría ser limitándole a los casos que estén conectados con la dignidad de la persona humana tal y como han acabado

⁵³³ María Paula Saffon y Mauricio García-Villegas. “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en los derechos sociales en Colombia”. Revista *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, n° 1, enero-junio de 2011, pp. 103-104.

⁵³⁴ Aharon Barak. *The Judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 264. (traducción propia)

centralizando en el concepto de vida precaria. Eso ayudaría a configurar un organismo de los derechos irrenunciables. Quizá el activismo judicial no deba estar implicado en una expansión completamente ilusoria de los derechos constitucionales, de la índole «ser feliz», sino que debería implicarse y comenzar a configurar lo que podemos llamar los derechos irrenunciables, los derechos que evitarían una vida precaria (derechos antiprecariedad).

Como se extrae de los casos comentados, el activismo judicial podría ser definido como un fenómeno donde la función judicial ya no se restringe a decir el Derecho limitándose solo a las formas del derecho, sino que se manifiesta sobre los contenidos sustanciales de las leyes y está vinculado «normativamente a los principios de justicia - igualdad, paz, tutela de derechos fundamentales- inscritos en las constituciones»⁵³⁵. Es decir, a mi juicio, es una postura que sencillamente hace valer lo que está escrito en la Constitución y no convive bien con la tesis de que hay derechos simbólicos, como hemos visto anteriormente. Esa racionalización material sobre los derechos y las garantías positivas de rango constitucional, determina un cambio de postura del operador de derecho para que sea más coherente con los principios de justicia y, con eso, un cambio también en la relación entre la jurisdicción, la democracia y el poder ciudadano informal, tanto como la relación entre política y derecho, ya que una apreciación sustancial (y no meramente formal) de las demandas que llegan al poder judicial exige a lo mejor una participación de los jueces en la creación de los derechos, y por tanto en mantener esta postura activa judicialmente.

En el fondo, el activismo judicial viene a complementar positivamente las condiciones negativas, insuficientes, que caracterizan la actuación judicial -la discrecionalidad, la independencia judicial y la proporcionalidad- con la condición positiva, suficiente, de la democratización de la justicia en atención a los valores de la dignidad humana violados en la existencia precaria. Así, para que haya activismo judicial no basta con tener las condiciones necesarias (las condiciones negativas), es necesario una condición suficiente, adicional normativa, a saber, que se utilice la independencia (y la imparcialidad), la discrecionalidad, la proporcionalidad para escuchar las demandas populares, sin eliminar sus garantías. El desarrollo social será obstaculizado sin la existencia de independencia, de la discrecionalidad, de la proporcionalidad judicial (por

⁵³⁵ Luigi Ferrajoli. *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008, pp. 30-31.

eso las decisiones deben ser, como hemos dicho antes, siempre razonadas y publicadas), toda vez que la confianza en la sociedad depende, además de otros elementos, de todas estas garantías del ámbito jurídico.

Cabe decir aún que el fenómeno del activismo judicial puede parecer para algunos extremadamente perturbador. Creo que teniendo como base el concepto político aquí desarrollado, tal fenómeno presenta aspectos positivos muy dignos de consideración, tales como: la concreción de los derechos fundamentales; la evolución del poder judicial caminando junto con la sociedad; la confianza de la sociedad en el poder judicial y sus bases normativas, etc. En cierto modo, llegar a tener conciencia de que hay virtudes en el activismo judicial, y que es posible controlarlo, es condición de posibilidad para su institucionalización. De esta forma, se abriría camino para una relación entre poder judicial y poder ciudadano informal política y jurídicamente responsable de la efectividad de los derechos fundamentales y próxima a los escenarios del mundo político y social. De no ser así, pronto veremos posiciones aisladas que sucumbirían ante los embates del poder, como ya está pasando en Brasil.

Llegados a este punto, es importante insistir que la función del poder judicial no se limita a proteger los derechos fundamentales, sino más bien que es responsable también por su implantación. Como bien ha apuntado Perfecto Ibáñez, «debería ser bastante obvio que el tópico del juez con pretensiones de “boca de la ley”, si nunca ha sido real, hoy es absolutamente impensable. A pesar de todo, hay quienes, quizá por miedo a estimular el temido “activismo judicial” siguen reiterando la propuesta de ese supuesto *tipo ideal* como protagonista de referencia»⁵³⁶. El autor Perfecto Ibáñez va más allá: «el problema es que ese (anti) modelo de juez, herencia acríticamente recibida del positivismo ideológico, sigue siendo, aunque sea de forma implícita, el *oficial* de referencia»⁵³⁷. Es eso lo que debemos cambiar. Claro está que la complejidad de la práctica judicial exige una «relación más dialéctica entre el Pueblo y el Tribunal»⁵³⁸.

La actividad jurisdiccional debe estar siempre impregnada de un determinado sistema de valores, tales como la justicia social, democracia, eficacia y conocimiento de la importancia de esta conexión entre el poder ciudadano informal y el poder judicial. Por

⁵³⁶ Perfecto Andrés Ibáñez. “El Juez”. En *El Oficio de Jurista*. Luis María Díez-Picazo (coord.). Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2006, pp. 165-166.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 166.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 192.

lo tanto, es imprescindible adaptarse a la nueva realidad política y social de las democracias modernas. Somos conscientes de que ese protagonismo del poder judicial se ha visto acentuado después de la Segunda Guerra Mundial, pasada la era del positivismo, y, con la llegada del neoconstitucionalismo⁵³⁹, que busca la mayor eficacia de las constituciones, sobretudo una mayor eficacia de los derechos fundamentales, aunque sea posible apuntar inconvenientes, acompaño el pensamiento de Luís Roberto Barroso⁵⁴⁰ en el sentido de que ese protagonismo aporta más ventajas que inconvenientes.

Lo que está claro para mí es que no es posible frenar los avances en la política jurídico-constitucional para garantizar una supuesta seguridad jurídica; solo de esta forma es posible perfeccionar las estructuras institucionales. En lugar de frenarlo lo que hay que hacer es crear medios de control y criterios de evaluación de los poderes y, quizás, tratar este fenómeno del activismo judicial como una forma de redemocratización de la justicia.

⁵³⁹ Véase George Salomão Leite, Glauco Salomão Leite, Lenio Streck. *Neoconstitucionalismo: avances y retrocesos*. Traducción Graciela González Taborda. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. Una de las consecuencias del Neoconstitucionalismo: ampliación de la jurisdicción constitucional con la ampliación del Control de Constitucionalidad y la aparición de la hermenéutica constitucional, una ciencia independiente sobre como se debe interpretar la constitución, como se deben interpretar los principios y reglas constitucionales.

⁵⁴⁰ Luís Roberto Barroso, profesor titular de Derecho Constitucional y magistrado del Tribunal Supremo Federal brasileño. “*Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*”. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, pp. 23-32.

CAPÍTULO 5 BRASIL, ESTADOS UNIDOS, ESPAÑA Y ALEMANIA: EL ACTIVISMO JUDICIAL Y EL DERECHO COMPARADO

5.1 INTRODUCCIÓN

Como se puede observar por lo que hemos expuesto hasta ahora, la discusión sobre el activismo judicial no es nueva. Sin embargo, la complejidad de las sociedades actuales, el incremento de demandas judiciales discutiendo cuestiones sociales y políticas y, por lo tanto, las respuestas en estas áreas por parte del poder judicial, así como la repercusión de las decisiones de rasgo político del Tribunal Constitucional en la sociedad han reforzado el protagonismo del poder judicial, permitiendo el incremento del debate y de posicionamientos críticos frente a esta postura de protagonismo, activa y creadora del Derecho por parte de los jueces, sobre todo desde los tribunales constitucionales.

Para comprender mejor el activismo judicial es necesario aludir a los problemas jurídico-políticos y a los movimientos constitucionales a fin de encontrar respuestas a nuestras preguntas y reflexionar sobre las raíces y soluciones de la problemática en torno de este tema, de forma un poco más individualizada en sociedades presidencialistas (Estados Unidos y Brasil) y sociedades parlamentaristas (Alemania y España), analizando sus diferentes evoluciones en lo que se refiere al tema que investigamos en esta tesis. Por estas razones empezaremos por volver a la noción básica de constitucionalismo.

En las palabras de Canotilho, constitucionalismo es una «teoría (o ideología) que eleva el principio del gobierno limitado como medio indispensable para la garantía de los derechos en dimensión estructurante de la organización político-social de una comunidad». Dicho de otro modo, es una teoría normativa política de limitación del poder del Estado *con la finalidad de garantizar los derechos del ciudadano*. Hay, por lo tanto, varios constitucionalismos y, por eso, el autor prefiere la expresión «movimientos constitucionales con corazones nacionales». De ahí surge el constitucionalismo moderno, designado como el «movimiento político, social y cultural que, sobre todo a partir de mediados del siglo XVIII, cuestiona en los planos político, filosófico y jurídico los

esquemas tradicionales del dominio político, sugiriendo al mismo tiempo la invención de una nueva forma de ordenación y fundamentación del poder político»⁵⁴¹.

A través del constitucionalismo moderno tiene cabida el nacimiento de la Constitución moderna conceptuada por Canotilho como la «ordenación sistemática y racional de la comunidad política a través de un documento escrito en el cual se declaran las libertades y los derechos y se fijan los límites del poder político»⁵⁴², cuyas dimensiones fundamentales son así descritas: a) documento escrito; b) declaración de un conjunto de derechos fundamentales y sus respectivas garantías; c) poder limitado y moderado⁵⁴³. Queda claro, por lo tanto, que la función básica de las constituciones es limitar y controlar el poder del Estado, y que la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales -a través del control de constitucionalidad- es una forma de preservar la importancia de las constituciones y su propia existencia, una vez que sin constitución no es posible hablar de constitucionalismo, ni de Estado Constitucional de Derecho. Es sobre ese tema que trataremos a continuación.

Lo haremos estudiando el caso de los cuatro países mencionados, analizando y comparando sus constituciones e instrumentos de control constitucional. Es de destacar que aunque sean países diferentes en cuanto a su tamaño y condiciones económicas y sociales de sus ciudadanos, en todos ellos la Constitución se ha instaurado en un momento de importantes cambios políticos: a) tras una guerra para conseguir la independencia en el caso de Estados Unidos; b) tras un régimen totalitario en los casos de Brasil y España; c) o, como el caso más complicado de la República Federal de Alemania, tras un régimen totalitario que llegó inicialmente al poder en un entorno de democracia constitucional y que terminó derrotado en una guerra. Por tanto, las constituciones de estos países se han instaurado en contextos históricos, culturales y sociales diferentes, y sin duda las constituciones de cada país reflejan las aspiraciones y temores de sus sociedades en esos momentos.

Como bien reconoce Ran Hirschl, el activismo judicial y todo este empoderamiento judicial de los últimos tiempos, así como la judicialización de la política son manifestaciones de la tendencia que vive el mundo actualmente con el proceso de constitucionalización. El poder judicial ha sido llamado a resolver una serie de problemas -importantes dilemas, cuestiones de política públicas y controversias políticas- y eso ha

⁵⁴¹ Canotilho, *Op. cit.*, pp. 51-52.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 52

⁵⁴³ *Idem*.

aumentado la importancia política de los jueces y de los tribunales, en la medida en que pasaron a ejercer un papel significativo en la ejecución de ciertas políticas públicas y en diversos asuntos políticos. Y el autor deja claro que no se trata de una evidencia solamente en las democracias constitucionales jóvenes, y que países como Canadá, Reino Unido, Israel y Nueva Zelanda también entraron en esa tendencia a la constitucionalización⁵⁴⁴. Ran Hirschl busca también marcar la diferencia entre la judicialización de la política y el activismo judicial, entre la confianza que es dada a los tribunales para solucionar delicadas cuestiones y la atribución a los tribunales de la definición en el ámbito del derecho de un juicio justo.⁵⁴⁵ La primera se refiere al tratamiento judicial de una causa de contenido político y, la consecuente obligación legal de que este contenido sea valorado judicialmente y, el segundo se refiere a la concretización de los derechos fundamentales y afirmación de la propia democracia en la medida en que no solo reconoce judicialmente los derechos constitucionales, sino que los convierte en efectivos y la democracia se vincula, además de al ejercicio del poder político, a como los derechos son concretizados.

5.2 REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL

5.2.1 Breve historia de las constituciones de Brasil

A continuación, vamos a mostrar brevemente la evolución de la Constitución brasileña, junto a su contexto histórico, desde la época imperial hasta llegar al modelo democrático actual regido por la Constitución de 1988, que adoptó el llamado «federalismo cooperativo», y lo haremos solo en aquellos puntos relevantes para el tema del poder judicial y sus relaciones con el poder ciudadano.

La forma de organización política brasileña, inspirada en el modelo norteamericano, ha pasado por diversas transformaciones hasta llegar al sistema actual. Empecemos por la primera Constitución brasileña y veamos como ha ido evolucionando

⁵⁴⁴ Ran Hirschl. “*The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*”. *Fordham Law Review*, v. 75, n°. 2, 2006, pp. 721-722.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 723.

el control constitucional en las constituciones brasileñas y el papel de los jueces en relación con una sociedad democrática.

En este trabajo ya hemos mencionado la denominada «*Constituição Política do Império do Brasil*» o Constitución de 1824. En ella se distinguía entre normas materialmente constitucionales y normas formalmente constitucionales, siendo las primeras las que trataban de los límites y atribuciones de los poderes políticos, los derechos políticos y los individuales, y de difícil alteración; el resto podía ser alterado por la legislación ordinaria.

En caso de existir un problema de constitucionalidad de una norma relativa a esa parte rígida del texto constitucional no se estableció que fuera el Poder Judicial el encargado de poder declarar inconstitucionales los actos del parlamento o del poder ejecutivo, sino que la defensa de la Constitución recaía en el denominado Poder Moderador, que estaba delegado al Emperador como jefe supremo de la nación. Ello muestra que uno de los objetivos de esta Constitución era proteger el régimen establecido y especialmente la figura del Emperador, sin implicar ningún cambio radical en la organización política del Estado. Es una Constitución que ya en su cabecera se define como una carta otorgada por el Emperador a sus súbditos.

Para Luiz Pinto Ferreira, esta primera Constitución reflejaba unas ideas políticas sobre todo de procedencia francesa, y los modelos que más la influyeron fueron las constituciones de Francia y España (la Constitución de Cádiz), algo que muestra el hecho de que no contemplase el instrumento del *habeas corpus* que ya estaba presente en la Constitución norteamericana⁵⁴⁶.

En noviembre de 1889 tiene lugar un movimiento revolucionario que derroca al Emperador forzando su exilio en Portugal y se proclama la República en Brasil. En esta República se percibe la influencia del sistema constitucional norteamericano en su Constitución de 1891, incluso en detalles como su cabecera, que comienza con un rotundo «Nosotros, los representantes del pueblo brasileño, ...» de forma similar al «Nosotros el pueblo de los Estados Unidos...», la inclusión del *habeas corpus* o el propio nombre del documento «Constitución de la República de los Estados Unidos de Brasil». Dentro de esa constitución, en sus artículos 59 y 60 vemos que se definen las competencias del Tribunal Supremo Federal, entre las cuales destaca juzgar en grado de recurso las

⁵⁴⁶ García Belaunde y Fernández Segado (coordinadores). *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Editorial Dykinson, 1997, p. 416.

cuestiones resueltas por jueces o tribunales federales cuando: a) se cuestione la validez o aplicación de tratados y leyes federales; b) cuando se cuestione la validez de leyes o actos de los gobiernos estatales frente a la Constitución, o las leyes federales, y la decisión del tribunal del Estado sea considerar válidos esos actos o impugnadas esas leyes.⁵⁴⁷

Para José Afonso da Silva, y con esos artículos, esta primera Constitución republicana recoge la justicia constitucional para ser ejercida por vías de excepción o defensa, según el criterio de la jurisdicción difusa⁵⁴⁸, que implica que cualquier órgano judicial, tanto de primer como de segundo grado y tribunales superiores, pueda dejar de aplicar el acto legislativo en conflicto con la Constitución. Como curiosidad de esa época podemos comentar que durante la breve revolución que derrocó al Emperador se acordó realizar un referéndum popular para que el pueblo aprobara la implantación de la República, pero ese plebiscito solo tuvo lugar 104 años después, el 21 de abril de 1993, cuando se eligió entre monarquía o república y entre parlamentarismo o presidencialismo. Ese día salieron elegidas las opciones de república y sistema presidencialista, lo que para Bruce Ackerman fue un día triste ya que, según sus palabras, la actual crisis brasileña tiene sus raíces en esa decisión de adoptar el sistema presidencialista.⁵⁴⁹

En la siguiente Constitución de 1934, de la denominada Segunda República, se mantienen las reglas anteriores, y además, según dice Jose Afonso da Silva, se introducen tres innovaciones importantes: a) crea un modo de ejercicio directo de control de la constitucionalidad de las leyes; b) establece en su artículo 179 que los tribunales solo pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto del poder público por mayoría absoluta de votos de la totalidad de sus jueces; c) atribuye al Senado la competencia para suspender la ejecución de cualquier ley, acto o reglamento que haya sido declarado inconstitucional por el poder judicial. En esta Constitución ya se habla en el artículo 3 de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como órganos de la soberanía nacional independientes y coordinados entre sí.

Para Luiz Pinto Ferreira, esta Constitución de 1934 inaugura el ciclo de las constituciones democrático-sociales, ampliando la defensa de los derechos humanos y las garantías constitucionales⁵⁵⁰ y define el denominado *mandado de segurança* (orden de

⁵⁴⁷ *Constitución de 1891*, publicación original. Disponible en <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>, acceso el 6 de julio de 2017.

⁵⁴⁸ García Belaunde y Fernández Segado (coord.). *Op. cit.*, p. 392.

⁵⁴⁹ Marcos Augusto Gonçalves, 2017, *Op. cit.*

⁵⁵⁰ García Belaunde y Fernández Segado (coordinadores). *Op. cit.*, p. 417.

seguridad), una herramienta que constituye un remedio procesal específico para la protección de los derechos personales que es ampliamente usado hoy en día y es pieza fundamental en el activismo judicial brasileño como veremos más tarde. Dicho instrumento se definía en el capítulo II, que trata de los derechos y garantías individuales, en el artículo 113, apartado 33, diciendo que «se dará *mandado de segurança* para la defensa del derecho, cierto e incontestable, amenazado o violado por acto manifiestamente inconstitucional o ilegal de cualquier autoridad. El proceso será el mismo que el del *habeas corpus*, debiendo ser siempre oída la persona de derecho público interesada».

Pocos años después llega el golpe de Estado de Getulio Vargas y con él la Tercera República (también conocida como *Estado Novo*) y la Constitución de 1937, de corte claramente dictatorial como muestra incluso su preámbulo, donde ya se dice que esa Constitución ha sido decretada por el Presidente de la República, con el apoyo de las fuerzas armadas y, entre otros motivos, atendiendo al estado de alarma creado en el país por la infiltración comunista, que se torna cada día mas extensa y más profunda, exigiendo remedios de carácter radical y permanente.⁵⁵¹ En esta Constitución el artículo 179 de la Constitución de 1934 se mantiene atenuado en el artículo 96, introduciendo el importante matiz de que en caso de que sea declarada la inconstitucionalidad de una ley que, a juicio del Presidente de la República, sea necesaria para el bienestar del pueblo, el Presidente de la República podrá someterla de nuevo al examen del Parlamento, y si este lo confirma por dos tercios de los votos en cada una de las cámaras, quedará sin efecto la decisión del Tribunal.

Getulio Vargas fue depuesto en octubre de 1945 y en septiembre de 1946 es decretada una nueva Constitución de los Estados Unidos de Brasil, que concede al Tribunal Supremo Federal en su artículo 101 capacidad para juzgar en recurso extraordinario causas decididas por otros tribunales en las que: a) la decisión sea contraria a la Constitución, tratado o ley federal; b) se cuestione la validez de una ley federal frente a la Constitución; c) se cuestione la validez de una ley o acto de gobiernos locales frente a la Constitución o leyes federales; d) la decisión se base en una interpretación de la ley federal distinta de la ya dada por los tribunales.

⁵⁵¹ *Constitución de 1937*, publicación original. Disponible en <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html>, acceso el 7 de julio de 2017.

En el artículo 8 también se da al Tribunal Supremo Federal un papel relevante en el control de los Estados, al poder declarar como inconstitucionales algunos actos que permitirían decretar la intervención por parte del gobierno federal por no asegurar el Estado alguno de los principios especificados en el artículo 7, entre los cuales están la independencia y armonía de los poderes y las garantías del poder judicial. También devuelve al Senado, en el artículo 64, la competencia de poder suspender la ejecución de las leyes o decretos declaradas inconstitucionales por decisión del Supremo Tribunal Federal, algo que ya estaba en el artículo 91 de la Constitución de 1934.⁵⁵²

Tras el golpe de estado de abril de 1964 y la instauración de una dictadura militar en Brasil, se promulga la Constitución de Brasil de 1967, esta vez sin la denominación de Estados Unidos de Brasil que veíamos en las anteriores. En este texto se mantiene la competencia del Senado de suspender leyes o decretos declarados inconstitucionales por el Tribunal Supremo Federal (artículo 45), se mantiene explícitamente en su artículo 6 que son poderes independientes y armónicos el legislativo, ejecutivo y judicial.

Todavía bajo el régimen militar, esa Constitución fue alterada substancialmente por la enmienda constitucional número 1 de 1969 para promulgar la Constitución de la República Federal de Brasil de 1969, enmienda decretada por los ministros de la marina, del ejército y de la aviación militar y que básicamente concentró el poder en un ejecutivo controlado por el régimen militar. Una muestra de ello está en el artículo 181, que dice que quedan aprobados y excluidos de valoración judicial los actos practicados por el Comando Supremo de la Revolución, así como los actos del Gobierno Federal, con base en los Actos Institucionales y Actos Complementarios y sus efectos, así como todos los actos de los ministros militares y sus efectos en el ejercicio temporal de la Presidencia de la República.⁵⁵³

Los mencionados Actos Institucionales fueron una de las herramientas usadas por la dictadura para anular algunos de los derechos y libertades, como el denominado número 5 que, entre otros asuntos, suspendió el derecho a votar y ser votado en elecciones sindicales, prohibió las manifestaciones sobre asuntos de naturaleza política e incluso

⁵⁵² *Constitución de 1946*, publicación original. Disponible en <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>, acceso el 08 julio 2017.

⁵⁵³ *Enmienda Constitucional 1 de 1969* (Constitución de 1969), texto original, disponible en <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-publicacaooriginal-1-pl.html>, consultada el 8 de julio de 2017.

estableció que podría ocurrir cualquier restricción o prohibición al ejercicio de cualquier otro derecho público o privado.⁵⁵⁴ El régimen militar terminó en 1985 y posibilitó una transición democrática que se culminó con la promulgación de la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988, actualmente en vigor tras una serie de enmiendas, que se apoya en la democracia y el principio de la división de poderes como sus bases fundamentales, y que contiene un nivel de detalle tan sorprendente que parece mostrar desconfianza en que se llegue a regular por leyes ordinarias aquello que no esté ya recogido explícitamente en la Constitución. Para Luís Roberto Barroso, ello es debido a que la experiencia constitucional brasileña, desde la independencia hasta el inicio de la vigencia de la Constitución de 1988, es una crónica de la distancia entre intención y gesto, del desencuentro entre norma y realidad⁵⁵⁵. En este sentido pone como ejemplo la promesa de igualdad de todos ante la ley en la Constitución de 1824 a la vez que se mantenía la esclavitud, o la garantía para los trabajadores del derecho a residencias de vacaciones y clínicas de reposo, recuperación y convalecencia mantenidas por el Estado de la Constitución de 1969, bajo el régimen militar.

Esa larga historia de omisión por parte de los poderes públicos del cumplimiento de las normas constitucionales y la intención de cambiar esa situación con la Constitución de 1988, pueden explicar el nivel de detalle que contiene y la incorporación de algunos instrumentos, como la inconstitucionalidad por omisión de medidas legislativas, de la misma forma que se percibe la inclusión de gran contenido de índole social, todo ello en la línea de lo que Canotilho denomina Constituciones Dirigentes, como es también la Constitución de Portugal de 1976.

Para Canotilho, las constituciones dirigentes no se reducen al modelo de constitución como garantía de derechos ciudadanos frente al poder del Estado, sino que van más allá en un modelo de constitución como programa que vincula a los poderes públicos para que concreten mediante normas y leyes la transformación de la sociedad hacia el objetivo que se pretende alcanzar con la Constitución como ley fundamental. Este tipo de constituciones también tienen sus detractores, que argumentan que imponen un

⁵⁵⁴ *Acto Institucional número 5 de 13 de diciembre de 1968*. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm, acceso el 8 de julio de 2017.

⁵⁵⁵ Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva 2006, p. 219.

modelo de desarrollo basado en la intervención del Estado y que no tienen capacidad de absorber las innovaciones y cambios de las sociedades modernas.

Para Luiz Pinto Ferreira, la Constitución de 1988 «es la más extensa de las hasta ahora promulgadas (en Brasil) en lo que se refiere a las declaraciones de derechos y las garantías constitucionales»⁵⁵⁶. Fueron especificados derechos individuales, políticos y derechos económicos y sociales, resultando según Pinto una Constitución política con base económica.

Un ejemplo comparativo del nivel de detalle de la Constitución Federal de 1988 lo podemos ver en lo relativo al trabajo y los trabajadores. Si comparamos las cuatro constituciones en vigor en los países que estamos estudiando en este trabajo, podemos decir que la Constitución de los Estados Unidos no trata el tema, si bien es cierto que es la Constitución con el texto más reducido, mientras que en la actual Constitución de Brasil aparece la palabra *trabajo* 261 veces, frente a las 8 de la Constitución española (C.E.) o las 14 de la Constitución alemana.

Respecto al control de constitucionalidad, para José Afonso da Silva, la Constitución Federal de 1988 incorporó cinco novedades: a) redujo las competencias del Tribunal Supremo Federal en su artículo 102; b) amplió la lista de instituciones que pueden proponer una acción directa de inconstitucionalidad (artículo 103); c) previó la inconstitucionalidad por omisión (artículo 103); d) determinó la citación del Abogado General Federal para defender los actos o textos impugnados; e) estableció que los estados pueden denunciar la inconstitucionalidad de leyes estatales o municipales frente a sus constituciones estatales.⁵⁵⁷

También nos dice José Afonso da Silva que la Constitución de 1988 no incorporó la propuesta de adoptar un método de control concentrado de tipo europeo, mediante la concentración de competencias para el ejercicio del control de la constitucionalidad exclusivamente en un tribunal constitucional. Según escribe, la justicia constitucional brasileña evolucionó hacia un sistema mixto de control difuso y concentrado, todo ello reflejado en el artículo 102 del Constitución, como vemos a continuación.

El método de control difuso tiene su base en el apartado III del artículo 102, que dice que compete al Tribunal Supremo Federal juzgar, mediante recurso extraordinario, las causas en las que la decisión: a) sea contraria a la Constitución; b) declare la

⁵⁵⁶ García Belaunde, Fernández Segado (coord.), *Op. cit.*, p. 418.

⁵⁵⁷ *Ibidem.* p. 393.

inconstitucionalidad de algún tratado o ley federal; c) juzgue válida una ley o acto del gobierno local denunciado frente a la Constitución. De ello se desprende que cualquier juez o tribunal puede declarar la inconstitucionalidad de una norma y consecuentemente decidir no aplicarla al caso concreto que está juzgando.

El método de control concentrado viene del apartado I.a de ese mismo artículo 102, que da competencias al Tribunal Supremo Federal, como guardián de la Constitución, para procesar y juzgar la acción directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estatales, y del artículo 103 que enumera las instituciones que pueden proponer una acción de inconstitucionalidad. Estas son: la presidencia de la República, la mesa del Senado Federal, la mesa de la Cámara de los Diputados, la mesa de las Asambleas Legislativas (cámaras legislativas a nivel estatal), el Gobernador de cada Estado, el Procurador General de la República (equivalente al Fiscal General del Estado en España), el Consejo Federal de la Orden de los Abogados (equivalente al Colegio de Abogados en España), partidos políticos con representación en el Congreso, y las confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional.

Todos estos cambios que aquí hemos descritos vienen exigiendo lo que los expertos llaman una nueva dimensión del Estado constitucional de derecho, una «dimensión ético-substantiva». *Ese proceso es conocido como constitucionalización* y se da cuando el ordenamiento jurídico se ve impregnado por las normas de contenido constitucional.

Sobre el referido proceso, Pau Luque aduce que es necesario que la constitución esté garantizada no solo en el sentido formal de su rigidez, sino que las leyes promulgadas respeten los preceptos constitucionales y esta labor de garantizar que no haya ninguna violación en este sentido es del poder judicial a través del control jurisdiccional de constitucionalidad⁵⁵⁸. Las decisiones del Tribunal Supremo Federal brasileño, como suele ser con cualquier Corte Constitucional, envuelven muchos intereses en juego, tienen mucha visibilidad y repercuten y afectan más en la vida social y, aunque los magistrados sean legalistas, hay una zona importante abierta a la interpretación. Es aquí donde defienden muchos operadores del derecho que se debe poner un límite a esta discrecionalidad judicial.

⁵⁵⁸ Pau Luque. *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 21.

5.2.2 *La Constitución de 1988*

En todas estas constituciones -excepto en la de 1988- no hay ninguna muestra de conexión entre el poder judicial y los aspectos que hemos tratado dentro en el capítulo IV, de democratización del Derecho. Ahora vamos a analizar esta última constitución con más detenimiento para comprobarlo. La Constitución de 1988, actualmente en vigor, y su desarrollo a nivel de códigos, leyes y reformas constitucionales, ha desplegado un sistema jurídico favorable a la invocación de la Constitución y los derechos en ella recogidos como pieza fundamental de la defensa del ciudadano frente al Estado.

5.2.2.1 *Instrumentos para el control de la constitucionalidad*

La Constitución Federal de Brasil, promulgada en octubre de 1988, es conocida como una «constitución ciudadana» por reflejar de forma extensiva conquistas de los ciudadanos tales como la democracia representativa (elección directa) y asegurar la defensa de las garantías constitucionales y derechos individuales mediante una multitud de instrumentos, incorporando conceptos de las constituciones europeas y la estadounidense.

Por tanto, existe una serie de instrumentos que han sido definidos en la propia Constitución o en los posteriores códigos o leyes. Luiz Pinto Ferreira nos muestra los siguientes⁵⁵⁹:

a) El *habeas corpus* es probablemente el más conocido de los instrumentos que garantizan las libertades públicas. Por su definición en la Constitución está limitado a la amenaza de sufrir violencia o coacción en la libertad de movimiento, es decir la de ir, venir y estar, por ilegalidad o abuso de poder. Es principalmente usado contra detenciones ilegales del poder público, pero puede ser usado contra personas, como en casos de violencia de género donde no se permita la libertad de movimientos del cónyuge o de trabajadores en condiciones laborales de semiesclavitud.

b) El *mandado de segurança* es una acción civil rápida para apartar la ofensa a un derecho mediante una orden correctiva o impeditiva de la ilegalidad que debe ser atendida a través de una notificación judicial. Puede ser preventivo, cuando se cree que va a ocurrir esa ofensa, en cierto modo equivale al amparo en el sistema jurídico español.

⁵⁵⁹ García Belaunde, Fernández Segado (coordinadores), *Op. cit.*, p. 421.

c) Existe también el *mandado de segurança* colectivo, que es presentada por una entidad defendiendo los intereses de sus miembros y asociados. Puede ser presentado por partidos políticos con representación en el Congreso, organizaciones sindicales, entidades de clase y asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento durante al menos un año.

d) *Mandado de injunção* u orden de imposición, es una acción rápida que se concede siempre que no exista una ley o norma que regule el ejercicio de derechos y libertades constitucionales, lo que hace que, en teoría, todos los derechos constitucionales pasen a ser realizables ya que la falta de regulación normativa o desarrollo legislativo se soluciona con esta orden de imposición.

Para Luís Roberto Barroso, la inclusión en la Constitución de este instrumento respondía a una demanda generalizada de la sociedad de una mayor efectividad de las normas constitucionales, y para él actualmente existen alternativas de mayor eficiencia que hacen necesario plantear su reforma. Uno de los motivos son las discusiones sobre su objetivo, al existir discordancias sobre si su finalidad es crear la normativa que falta y aplicarla al caso concreto en cuestión, o simplemente limitarse a avisar al órgano competente sobre la necesidad de realizar el desarrollo legislativo necesario, lo que puede referirse a una norma reguladora de cualquier jerarquía, desde leyes ordinarias a decisiones administrativas.

e) *Habeas data*, que es una vía rápida para conseguir acceso a la información relativa a la persona y su posible rectificación en caso de que sea incorrecta, asegurando la rápida rectificación de datos incorrectos en las bases de datos gubernamentales o de carácter público, incluyendo las bases de datos pertenecientes a empresas privadas.

f) *Acción popular*. Permite que un ciudadano busque la anulación de un acto lesivo contra el patrimonio público o de entidades participadas por el Estado, la moralidad administrativa, el medio ambiente o el patrimonio histórico y cultural.

g) *Acción civil pública*, permite al Ministerio Fiscal o la fiscalía (denominado en Brasil *Ministério Público*) abrir diligencias para proteger el patrimonio público y social, el medio ambiente y lo que en la Constitución de 1988 se denomina como «otros intereses difusos y colectivos», similar a las demandas colectivas existentes en España en los casos de defensa de los derechos del consumidor.

h) Los mecanismos de control de constitucionalidad, como la acción directa de inconstitucionalidad ya comentada anteriormente, la acción declaratoria de

constitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad por omisión, de los que hablaremos a continuación con más detalle.

En relación con el método de control concentrado tenemos los instrumentos que juzga el Tribunal Supremo en sus funciones de Tribunal Constitucional: a) la Acción Directa de Inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estatales; b) la Reclamación de Incumplimiento de Preceptos Fundamentales c) la Acción Declaratoria de Constitucionalidad; d) la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión.

La Acción Directa de Inconstitucionalidad permite al Tribunal Supremo Federal el control abstracto de la constitucionalidad de las normas frente al texto constitucional, de forma análoga a la función realizada por los tribunales constitucionales europeos, sin pretensiones de aplicación a casos individuales o defensa de derechos subjetivos. La ley o norma juzgada puede ser federal o estatal, en cuyo caso se permite la existencia de dos procesos, a nivel estatal frente a la constitución del Estado por parte del Tribunal de Justicia del Estado, y federal, donde la decisión del Tribunal Supremo Federal vincula al Tribunal de Justicia del Estado. Hay que destacar que este tipo de procesos son, con mucha diferencia, mayoritarios dentro de los tratados por el Tribunal Supremo Federal como Tribunal Constitucional, representando aproximadamente el 87% de los procesos en tramitación.

La Reclamación de Incumplimiento de Preceptos Fundamentales (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, ADPF), fue incluida en el texto original de la Constitución de 1988 pero solo fue regulada once años después, y es considerada un instrumento singular que no tiene equivalencias en otros sistemas de control constitucional. En su texto original tenía una función doble: a) abrir la posibilidad de que las entidades mencionadas en el artículo 103 de la Constitución llevaran al Tribunal Supremo la discusión de temas sensibles que envolvieran el riesgo de incumplimiento de un precepto fundamental o una controversia constitucional relevante; b) instaurar un instrumento para la ciudadanía, de tal modo que cualquier persona afectada o amenazada en sus derechos fundamentales por un acto de los poderes públicos pudiera elevar una reclamación al Tribunal Supremo. Esta última posibilidad fue vetada por el Presidente de la República en diciembre de 1999 ya que facilitaba demasiado el acceso al Tribunal Supremo para los ciudadanos individuales en contra del sistema de control concentrado, lo que podría elevar excesivamente el número de reclamaciones a ser atendidas sin la correspondiente exigencia de relevancia social y consistencia jurídica de las

reclamaciones propuestas.⁵⁶⁰ Probablemente aquí se perdió una oportunidad de acercar el Tribunal Supremo y la Constitución a la realidad de la sociedad y sus ciudadanos, y hubiera abierto un primer camino para la participación del pueblo, en el sentido mostrado en este trabajo, en la creación de derecho.

Como bien nos indica Luís Roberto Barroso, las mismas entidades que pueden iniciar una Reclamación de Incumplimiento de Preceptos Fundamentales (*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, ADPF), también pueden iniciar una Acción Declaratoria de Inconstitucionalidad (ADIn) sin necesidad de argumentar un incumplimiento de un precepto fundamental, lo que puede explicar que se use menos las ADPF que las ADIn. La Reclamación de Incumplimiento de Preceptos Fundamentales representa normalmente alrededor del 10% de los procesos en tramitación por el Tribunal Supremo Federal, aunque su uso va en aumento en los últimos años.

Por otra parte, conviene diferenciar entre la ADIn y la Acción Declaratoria de Constitucionalidad, que se creó mediante una reforma constitucional el 17 de marzo de 1993 como una herramienta para que el Tribunal Supremo Federal reconociera expresamente la compatibilidad entre una norma y la Constitución, a pesar de la presunción de constitucionalidad que debe acompañar a los actos normativos mientras no exista una declaración de inconstitucionalidad en su contra. Para Luís Roberto Barroso, es una ratificación de presunción de constitucionalidad, una medida creada para apartar incertidumbres jurídicas y establecer una orientación homogénea en la materia⁵⁶¹, evitando controversias provocadas por el número de personas envueltas en la interpretación de la norma o por la sensibilidad social o política del asunto. La Acción Declaratoria de Constitucionalidad representa normalmente menos del 2% de los procesos en tramitación por el Tribunal Supremo Federal.

Como hemos comentado anteriormente la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión fue introducida para compensar la falta de efectividad de anteriores constituciones debido a la ausencia del desarrollo normativo necesario para que algunos de sus artículos fueran aplicados. Su uso es limitado ya que su efecto se limita a avisar al órgano correspondiente de la necesidad de legislar sobre el contenido de algún artículo de la Constitución. Para Luís Roberto Barroso se consigue solo un efecto esencialmente

⁵⁶⁰ Luís Roberto Barroso, *Op. cit.*, p. 246.

⁵⁶¹ Luís Roberto Barroso, *Op. cit.*, p. 203.

moral o político⁵⁶², propio de una declaración de principios pero insuficiente para garantizar la efectividad del contenido constitucional.

Un caso emblemático de falta de efectividad de una norma constitucional por omisión legislativa es lo relativo al artículo 192 de la Constitución, que trata sobre el sistema financiero nacional y que en su punto VIII.3 decía inicialmente que las tasas de interés real, incluidas comisiones y cualquier otra remuneración referida a la concesión de créditos, no podrán ser superiores al doce por ciento anual, y que el cobro por encima de este límite será considerado como delito de usura, castigándose en los términos que la ley determine. La correspondiente ley no fue desarrollada y el Tribunal Supremo reconoció la omisión legislativa, pero entendió en este caso que por falta de una norma reguladora el derecho no podía ser ejercido. Incluso se generaron varias sentencias como la del 15 de febrero de 1995⁵⁶³, que dice que dicha regla de la Constitución no se puede aplicar por no disponer de suficiente densidad normativa y que necesita la intervención del Poder Legislativo, pero que no es posible estipular un plazo para que el Congreso solucione esta omisión legislativa, por lo que se comunica al Congreso la situación de atraso normativo en que se encuentra para que sean adoptadas las acciones necesarias; o la del 29 de agosto de 2001 (seis años después), donde se sigue reconociendo el atraso legislativo y se leen frases tan directas como:

*Nada se revela más nocivo, peligroso e ilegítimo que elaborar una Constitución, sin voluntad de hacerla cumplir integralmente, o de ejecutarla solo con el propósito subalterno de hacerla aplicable solamente en los puntos que se muestren ajustados a la conveniencia y los designios de los gobernantes, en contra de los intereses mayores de los ciudadanos.*⁵⁶⁴

La solución llegó dos años después, ya con el gobierno progresista de Luiz Inácio Lula da Silva, con la reforma constitucional EC40/2003, que simplemente derogó ese artículo de la Constitución eliminando la necesidad de legislar sobre ese techo de intereses reales, y como resultado en la actualidad es fácil encontrar intereses anuales del ciento

⁵⁶² Luís Roberto Barroso, *Op. cit.*, p. 236.

⁵⁶³ *Mandado de Injunção* N. 470-6, DJ 29/06/2001, disponible en <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81826>, acceso el 21 de septiembre de 2017.

⁵⁶⁴ *Mandado de Injunção* N. 542-7, DJ 28/06/2002, disponible en <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81862>, acceso el 21 de septiembre de 2017.

cincuenta por ciento en créditos asociados a la financiación de los gastos realizados con tarjetas de crédito. Desde la aprobación de la Constitución en el 1988 hasta la derogación de este artículo en 2003 pasaron quince años, hubo cinco presidentes de gobierno y un proceso de destitución de uno de ellos y la tasa de interés real llegó al 45% a final de 1992, varias veces superior a lo que la Constitución fijaba como máximo en la época. La Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión representa normalmente menos del 2% de los procesos en tramitación por el Tribunal Supremo Federal.

Este ejemplo ilustra el probable exceso de detalle de la constitución brasileña, la extrema lentitud de los procesos legislativos en Brasil y la gran distancia entre las necesidades de la sociedad y los poderes legislativo y ejecutivo. Pero, ¿qué objetivo tiene que la norma fundamental de un país entre en detalles de este tipo? ¿Puede un texto constitucional regular un máximo para los tipos de interés y con ello forzar la evolución de los mercados de capitales? ¿Se introducen esos detalles en la Constitución con la esperanza de que ello fuerce su cumplimiento o para mostrar actividad e iniciativa regulatoria?

La propuesta de reforma constitucional (*Proposta de Emenda Constitucional*, PEC) número 19, presentada en 2010, nos puede servir de ejemplo en relación con esa última pregunta. Se trata de la denominada *PEC de la Felicidad*, que altera el artículo 6 de la Constitución para incluir el derecho a la búsqueda de la felicidad por cada individuo o por la sociedad, mediante la dotación por parte del Estado y por la propia sociedad de las condiciones adecuadas de ejercicio de ese derecho⁵⁶⁵. ¿Es realmente necesario que ese derecho figure explícitamente en la Constitución? Y si algún ciudadano siente que no es feliz... ¿puede pedir al Estado que ponga los medios para que lo sea? ¿con qué límites? ¿acaso no estaríamos hablando aquí de populismo constitucional? ¿no implica una disolución entre lo normativo y lo deliberativo? Cuando esta confusión se impone, ¿no se destruye el sentido de la propia norma?

⁵⁶⁵ *Proposta de Emenda à Constituição n 19, de 2010*. Disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622?o=d>, acceso el 24 de septiembre de 2017.

5.2.3 *El Tribunal Supremo Federal*

El Tribunal Supremo Federal se encarga de ejercer de guardián de la Constitución según su artículo 102, ejerciendo de modo concentrado la vigilancia de la constitucionalidad de las leyes y actos normativos federales y estatales teniendo como paradigma la Constitución Federal, así como un control difuso de la constitucionalidad en procesos de su competencia o al juzgar recursos ordinarios o extraordinarios, y en el ámbito penal tiene competencias para juzgar en infracciones penales comunes al Presidente de la República, Vicepresidente, miembros del Congreso, miembros del propio Tribunal Supremo o al Fiscal General, entre otros. Realiza por lo tanto tareas que en otros países se han dividido entre un Tribunal Constitucional (control concentrado) y un Tribunal Supremo. En Brasil se añade además la característica de existir el Tribunal Superior de Justicia, que trata de cuestiones infra-constitucionales y que, al igual que otros órganos judiciales del país, puede desempeñar también un control incidental o difuso de la constitucionalidad de las leyes dejando de aplicar leyes o actos normativos que juzgue como incompatibles con la Constitución.

El Tribunal Supremo Federal está compuesto por 11 personas nacidas en Brasil (denominados *Ministros*) de entre 35 y 65 años nombrados por el Presidente de la República de Brasil después de la aprobación por mayoría absoluta en el Senado, según define el artículo 101 de la Constitución. En el artículo 102 de la Constitución se registran las principales atribuciones relacionadas con el derecho constitucional por el método concentrado, juzgar: a) la acción directa de inconstitucionalidad (ADin); b) la acción declaratoria de constitucionalidad (ADC), c) las reclamaciones de incumplimiento de preceptos fundamentales (ADPF), d) la Acción Directa de Inconstitucionalidad por Omisión (ADO).

¿Son usados todos esos instrumentos de la misma forma y con la misma frecuencia? En un ejemplo de transparencia, el Tribunal Supremo Federal de Brasil proporciona información estadística en su página web y en 2017 se presentó un informe sobre sus actividades, cubriendo no solo sus tareas como Tribunal Constitucional sino también las propias de un Tribunal Supremo⁵⁶⁶. Dicho informe y las estadísticas

⁵⁶⁶ *Supremo em ação* 2017, Consejo Nacional de Justiça, disponible en <http://rsa.cnj.jus.br/stf/>, acceso el 29 de septiembre de 2017.

disponibles permiten obtener datos sobre el número de procesos en tramitación e incluso la productividad de cada uno de los jueces del Tribunal Supremo.

A continuación, se muestra la cantidad y tipo de sentencias relacionadas con el control de constitucionalidad que nos ocupa emitidas en los últimos años (con datos parciales de 2017)⁵⁶⁷:

	ADC	ADIn	ADO	ADPF
2005		217		10
2006		224		13
2007	3	240		15
2008		146		11
2009	1	115		14
2010	3	119	2	14
2011	2	122		14
2012	2	77	4	8
2013	1	75	2	14
2014	3	198	1	18
2015	1	139	4	27
2016	2	100	3	21
2017		129	1	32

Más adelante podremos comparar esos datos con las entidades equivalentes de los otros países que estamos estudiando, pero como ya vemos, cada año lo más frecuente es juzgar la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADIn). ¿Qué entidades inician esos procedimientos con más frecuencia? Lo vemos en la siguiente tabla, que muestra los demandantes de ADIn más frecuentes en los procesos finalizados después del año 2000 o en tramitación y el número de procesos iniciados por ellos:

⁵⁶⁷ *Estadísticas del Tribunal Supremo Federal*, disponible en [unmht://www.stf.jus.br.unmht/http.5/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/estatistica/ControleConce](http://www.stf.jus.br/unmht/http.5/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/estatistica/ControleConce) ntradoGeral/CC_Geral.mhtml/, acceso el 26 de septiembre de 2017.

<i>DEMANDANTES ADIn</i>	<i>PROCESOS</i>
Presidente de la República	1.200
Fiscal General	1.019
Congreso	902
Asamblea del Estado de Rio de Janeiro	268
Gobernador del Estado de São Paulo	230

Llama la atención que el principal demandante de la Acción Directa de Inconstitucionalidad sea el presidente de la República, el representante del poder ejecutivo, seguido de cerca por el Fiscal General, nombrado por el presidente con la aprobación del Senado. Por otro lado, hemos visto anteriormente que el Tribunal Supremo Federal también realiza funciones que no son estrictamente las propias de un Tribunal Constitucional, sino también las de un Tribunal Supremo. Para ver el impacto de estas otras actividades en el día a día de su funcionamiento podemos ver la siguiente tabla, extraída del citado informe de la actividad del Tribunal Supremo donde tenemos las diez clases de nuevos procedimientos que han sido más comunes en el Tribunal Supremo el año 2016:

<i>TIPO</i>	<i>NÚMERO</i>	<i>%</i>
Recurso extraordinario con agravio	63.937	71,07%
Recurso extraordinario	10.962	12,19%
Habeas corpus	6.491	7,22%
Reclamación	3.281	3,65%
Agravio de Instrumento	2.266	2,52%
Recurso ordinario en Habeas corpus	614	0,68%
Mandado de Segurança	461	0,51%
Petición	441	0,49%
Acción Directa de Inconstitucionalidad	194	0,22%
Acción Civil Originaria	168	0,19%

Como vemos, la Acción Directa de Inconstitucionalidad, que es la herramienta de control de constitucionalidad más frecuente, representa solo un 0,22% de los nuevos procedimientos que entran en el Tribunal Supremo Federal para ser juzgados. También

llama la atención el gran número de procesos que llegan al Tribunal Supremo, comparado con otras entidades equivalentes en otros países, hecho que comenta el propio informe. En el período de 2009 a 2016, ocho años, se tramitaron 723.579 procesos (unos 90.000 nuevos casos anuales de media), y solo en 2016 se produjeron 117.426 sentencias, con un tiempo medio de tramitación de 2 años y 3 meses, la mitad del tiempo de tramitación de 2011. El propio informe comenta que frente a esos números de Brasil en la Corte Suprema de los Estados Unidos cada año son registrados unos 7.000 o 8.000 nuevos casos, lo que hace que el Tribunal Supremo Federal sea uno de los más saturados del mundo.

El lector probablemente habrá realizado una rápida cuenta que llevará a un resultado algo sorprendente, esas 117.426 sentencias en un año entre 11 jueces hacen que cada uno genere una media de 10.675 sentencias al año. Si se tiene en cuenta que por ley los magistrados en Brasil tienen derecho a sesenta días de vacaciones al año⁵⁶⁸ eso da unas 1.067 sentencias por juez y mes, unas 48 sentencias al día por cada juez, seis por hora, una cada diez minutos. Obviamente un juez del Tribunal Supremo no analiza, decide y escribe la sentencia de cada caso en solo diez minutos de forma continua, eso solo es posible gracias al papel realizado por el resto de los funcionarios del Supremo Tribunal Federal, sus 20 jueces auxiliares, 115 asesores, 443 funcionarios judiciales y 570 funcionarios administrativos, y nos puede llevar a una interesante comparación entre la forma de trabajar de los jueces en Brasil comparado con los otros países contemplados en este estudio.

Si dentro de los números anteriores vemos los relativos al control concentrado de constitucionalidad llama la atención que un 32,5% de los procesos pendientes tienen una antigüedad de más de 10 años, siendo la media de 7 años y 9 meses, lo que unido al hecho de que el Presidente de la República y el Fiscal General son los mayores generadores de dichos procesos, hace que en la mayoría de los casos los interesados hayan terminado su mandato antes de ver el resultado de los procesos que han iniciado.

Una decisión del Tribunal Supremo Federal brasileño que fue considerada activista dice respecto al juzgado de la ADPF (Acción de Descumplimiento de Precepto Fundamental) nº 132/RJ y ADI 4277/DF, que reconocieron, a través de la interpretación del artículo 1723 del Código Civil de 2002, la unión homosexual como siendo una forma de entidad familiar. Entendieron, en aquella ocasión, que el no reconocimiento de la unión

⁵⁶⁸ *Ley Orgánica de la Magistratura Nacional. Ley complementaria 35 de 14 de marzo de 1979, Art. 66.* Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm, acceso el 29 de septiembre de 2017.

estable para las personas de mismo sexo caracterizaría violación a los principios constitucionales, tales como la dignidad de la persona humana.

Es menester ahora, aportar algunos casos de activismo judicial proveniente de jueces de primer grado o de tribunales en sede de recurso o en sede del control difuso en Brasil. Con estos casos, pretendemos dejar claro la importancia del activismo judicial en todos los niveles del poder judicial y también que hay diferencia entre los términos control de constitucionalidad y activismo judicial. Hay varios temas que podemos destacar en el activismo judicial en Brasil. Por citar algunos, tenemos los relacionados con la creación de nuevas guarderías públicas; el cierre parcial de establecimientos penitenciarios por su saturación; la garantía de acceso al sistema de salud y el nombramiento de los aprobados en una oposición pública, etc. Un veredicto reciente del juez Xavier de Aquino, del Tribunal de Justicia de São Paulo, TJSP, discutiendo sobre los derechos de los niños y adolescentes, decidió, el 15 de diciembre de 2017, respecto al tema de las plazas de guardería en los autos del proceso de la Acción Civil Pública nº 0150735-64.2008.8.260002. El juez determinó que el municipio de São Paulo crease 150 mil nuevas plazas de guardería y escuelas infantiles de la capital en los siguientes tres años, siendo el 50% de las plazas en los primeros 18 meses y el restante hasta el final de 2016. La meta no fue alcanzada. Por esta razón, fue realizada una audiencia pública donde participaron la sociedad civil, profesores, activistas, educadores, jueces, abogados, promotores, defensores públicos, etc. Finalmente fue firmado un acuerdo entre la alcaldía de São Paulo y la sociedad civil para creación de, como mínimo, 85.500 nuevas plazas en guarderías en la capital hasta 2020. Es un caso muy importante por implicar la realización de derechos fundamentales.

Otro veredicto reciente del juez José Conrado Kurtz de Sousa, del Tribunal de Justicia de Rio Grande de Sul, TJRS, proceso nº 7007475513, trató sobre el cierre parcial de un establecimiento penitenciario debido al exceso de reclusos y a las frecuentes rebeliones por grupos de organizaciones criminales, decidiendo en los siguientes términos:

RESUMEN: RECURSO EN EJECUCIÓN CRIMINAL. CIERRE PARCIAL DE LA PRISIÓN REGIONAL DE CAXIAS DO SUL. LÍMITE DE CAPACIDAD DE LA PRISIÓN ESTATAL DE CAXIAS DO SUL. Prisión Regional de la ciudad brasileña de Caxias do Sul. Correcta la decisión que, teniendo en cuenta las características de la prisión, cerró parcialmente la prisión regional, limitando la capacidad en el 200%, límite que debe

observarse en el número total de presos, y en el número de presos por celda. Prisión Estatal de Caxias do Sul. La decisión, aunque no ha cerrado la prisión, limitó el porcentaje de capacidad máxima en el 175%, que cuando sea alcanzado impide el ingreso de nuevos presos, determinando así un cierre parcial futuro. Sin embargo, no es posible el cierre o limitación basada en eventos futuros, de modo que son necesarios datos y hechos concretos para tal decisión. En este punto, la decisión es reformada, siendo excluido el límite del 175% fijado para la capacidad de la Prisión Estatal de Caxias do Sul. (Proceso N° 70074755513, Séptima Cámara Criminal, Tribunal de Justicia de RS, Juez José Conrado Kurtz de Souza, juzgado el 24/10/2017).

Sobre el tema, el Tribunal Supremo Federal de Brasil, al juzgar la Acción de Descumplimiento de Precepto Fundamental, ADPF n° 347, reconoció el denominado «Estado de Cosas Inconstitucional», que es: (1) violación generalizada y sistémica de los derechos fundamentales; (2) inercia o incapacidad del poder público para modificar esa situación; 3) la solución ha de depender de la acción de diversas esferas del poder estatal.

Otro ejemplo es extraído del proceso n° 2015.01.1.071511-5, en el que se buscaba obligar al Distrito Federal a transferir a la reclamante, internada en un hospital público, a una de las unidades de salud con servicio de enfermería con soporte de Dermatología de Cirugía Plástica de la red pública o, en su defecto, en la sanidad privada. El juez Lizandro Garcia Gomes Filho, de la primera sala de la Hacienda Pública del Distrito Federal, concedió, el 24 de junio de 2015, la anticipación de los efectos de la tutela para determinar que el reclamado (en el caso, el Distrito Federal) procediese a la transferencia de la demandante en los términos solicitados. No hubo cumplimiento de la decisión y la reclamante falleció. Este es un caso evidente de que hubo violación del derecho. De nada vale tener una sentencia activista, si no se cumple. De nada vale tener una constitución «ciudadana» si no hay efectividad de sus promesas, si los derechos no son concretados.

Un último caso que podemos citar es una acción civil pública, juzgada por la 21ª. Sala Federal Civil de la sede judicial del Distrito Federal, en la persona del juez federal Rolando Valcir Spanholo, donde se buscaba una sentencia para determinar que el Sistema Único de Salud (SUS, equivalente a la Seguridad Social en España), entre otras medidas administrativas, pasase a cumplir, inmediatamente, el plazo límite de 60 días definido en la Ley n° 12.732/12 para el inicio del tratamiento de las personas diagnosticadas con neoplasia maligna (cáncer) en el Distrito Federal. En resumen, con base en la protección de la dignidad de la persona humana, así como en la necesidad de concretizar el derecho social a la salud, derecho fundamental reconocido en la actual Constitución, y en los

principios que guían el Sistema Único de Salud, el juez concedió parcialmente el pedido para *reconocer el estado de inconstitucionalidad* del programa de radioterapia ejecutado por el Sistema Único de Salud en el Distrito Federal; para determinar que los demandados, en el plazo máximo de 90 días, pasen a respetar el límite de 60 días definido en la Ley n° 12.732/12, bajo pena de multa de 200.000,00 R\$ (doscientos mil reales), así como otras medidas para garantizar el cumplimiento de su decisión.

5.3 ESPAÑA

5.3.1 Breve historia del poder judicial español

Dada la extraordinaria complejidad de la historia constitucional española no me extenderé en detalles, como he hecho con relación a Brasil, sobre la historia de las constituciones. Me concentraré en el ámbito de la constitución actual de España de 1978, aunque utilizaré elementos del período anterior, con el objetivo principal de investigar y explicar el escaso activismo judicial que caracteriza este país. Quizá, como hemos hecho en la entrevista con el Dr. Toharia (en anexo), debemos preguntarnos si la justicia en España se ve como la justicia del Rey y no como la justicia del pueblo, aunque el texto constitucional actual deje claro que la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey. Si esto último no fuera así, no habría voluntad de escuchar el pueblo, sino más bien sería un instrumento del poder del soberano que, en el fondo, tendría capacidad decisoria al margen de la dimensión democrática, cuando en realidad, la justicia debe estar al servicio de la sociedad y actuar en nombre del pueblo.

Empiezo por el tema de la necesidad de la reforma de la Justicia española. Según manifiesta Benjamín González Alonso, la reforma de la justicia ha sido aplazada a lo largo de la historia. Apunta el autor que «la eventual reforma de la justicia, tan necesaria a la altura de la mitad del siglo XVIII, no pasó de ser una preocupación secundaria para los monarcas y los ministros ilustrados, que aplazaron permanentemente su realización y nunca se decidieron a afrontarla con la profundidad y energía que las circunstancias

requerían»⁵⁶⁹. Aún hoy se habla constantemente de una necesaria reforma de la justicia y, mientras no sea un hecho esa reforma en su integridad, la imagen ciudadana de la justicia española, de acuerdo con una encuesta de 2002⁵⁷⁰, resulta no ser armónica y equilibrada, sino más bien «contradictoria y extremada», siendo que «uno de cada dos españoles (el 47%) lleva ya años considerando que, en conjunto, la Justicia funciona en la actualidad mal o muy mal, mientras que tan solo el 18% opina, en cambio que lo hace bien o muy bien»⁵⁷¹. Por otro lado, son consientes (uno en cada tres españoles (el 62%)) que «con todos sus defectos e imperfecciones, la Administración de Justicia constituye la garantía última de defensa de la democracia y de las libertades»⁵⁷². En 2008 y en 2013 se constata que el porcentaje de ciudadanos que entendía que la Justicia en España funciona mal o muy mal se ha incrementado para 57% y para 71%, respectivamente, conforme el undécimo barómetro del Consejo General del Poder Judicial. Es decir, en 2013, 7 de cada 10 españoles tienen una percepción negativa sobre la Justicia, según se muestra en la tabla siguiente.

PARA EMPEZAR, ¿CÓMO DIRÍA USTED QUE, EN SU CONJUNTO Y EN LÍNEAS GENERALES, FUNCIONA EN LA ACTUALIDAD, EN ESPAÑA, LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: MUY BIEN, BIEN, MAL O MUY MAL?				
	2013 (%)		2008 (%)	
Muy bien	1	11	1	21
Bien	10		20	
Regular	17		20	
Mal	40	71	36	57
Muy mal	31		21	
No sabe/No contesta	1		2	

Fuente: Undécimo barómetro del CGPJ (23 de noviembre de 2013), cuadro 1⁵⁷³

⁵⁶⁹ Benjamín González Alonso. *Enciclopedia de la Historia de España*, dirigida por Miguel Artola. Madrid: Alianza, 1988, pp. 343-417.

⁵⁷⁰ José Juan Toharia Cortés. *Barómetro sobre imagen ciudadana de la Justicia realizado dentro del marco del Foro sobre la Reforma y Gestión de la Justicia de la Fundación BBVA*. Fundación BBVA, 2003. Véase en anexos.

⁵⁷¹ *Barómetro sobre imagen ciudadana de la Justicia*, Op. cit., 2003, p. 7.

⁵⁷² *Barómetro sobre imagen ciudadana de la Justicia*, Op. cit., 2003, p. 8. Véase en anexos.

⁵⁷³ *Undécimo barómetro del CGPJ*. Encuesta a población general sobre la administración de justicia. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2013, p. 5.

La Constitución española de 1812, la primera Constitución de los españoles que emanó de la voluntad popular, incorporó al país al «fenómeno histórico del constitucionalismo formalizado, esto es, del Estado constitucional como nueva forma política»⁵⁷⁴, incluyendo la idea de soberanía nacional y el principio de la división de poderes. Sin embargo, fue solamente con la Constitución de 1978 que dibujó un Tribunal Constitucional con las principales funciones: asegurar la fuerza normativa de la Constitución; resolver los conflictos entre los poderes territoriales del Estado autonómico y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Inscrita en el ciclo del «constitucionalismo racionalizado, democrático y social»⁵⁷⁵, para disciplinar el tema del control de constitucionalidad en la Constitución de 1978, el derecho español se inspiró en otros modelos, especialmente los europeos, cuya tradición asignaba al juez ordinario un «rol burócrata, de mero aplicador de la ley»⁵⁷⁶. Además, el papel del juez ordinario en lo que se refiere al control de constitucionalidad, como no existe el control difuso en España, es una especie de intermediador o de controlador inicial. Es decir, de acuerdo con el artículo 163 de la Constitución Española y con el artículo 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), el órgano judicial planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional cuando considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución. En este sentido, sus facultades de control resultan muy limitadas. Quizá, estos datos históricos puedan ser considerados como uno de los motivos del poco activismo en este país.

Es cierto que esa percepción de poco activismo judicial en España no siempre ha sido así. Hubo quien habló de un «grado notable de activismo judicial»⁵⁷⁷ por el hecho de que los tribunales ya no aplicaban directamente las normas, *sino que ponderaban los valores*; o quien se incomodó con el protagonismo español sobre todo en el tema de la jurisdicción universal antes de la reforma de 2014. Sin embargo, la consideración de valores y principios es una actividad inherente al propio ejercicio de interpretación de los

⁵⁷⁴ Manuel Aragón Reyes. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 99.

⁵⁷⁵ Francisco Balaguer Callejón (Coord.). *Manual de Derecho Constitucional*. Vol. 1. Madrid: Tecnos, 2016, p. 59.

⁵⁷⁶ Francisco José Sospedra Navas. *Justicia Constitucional y procesos constitucionales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011, p. 49.

⁵⁷⁷ Véase https://elpais.com/elpais/2013/06/28/opinion/1372439698_848910.html.

jueces y, si están previstos en el ordenamiento jurídico, hay un mandato constitucional que autoriza su utilización. El juez, al interpretar la ley, no puede desconsiderar los valores advenidos de los preceptos de la Constitución, ni muchos menos sus principios fundamentales, sino todo lo contrario, son más bien fundamentales para una mejor comprensión del ordenamiento jurídico como un todo sistémico.

En lo que refiere a los instrumentos de participación popular, la Constitución Española de 1978 trata muy poco el tema de la democracia directa y deja muy poco espacio a su desarrollo, siendo, en realidad, una de las más restrictivas, por entender que con el restringido uso se daría paso a «normalizar la democracia representativa y reformar los partidos políticos como canalizadores reales de la participación política»⁵⁷⁸. El artículo 19 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé que la participación popular en la Justicia se efectúa a través de la acción popular y de la institución de los jurados. De alguna manera, esa «tradición “débil”»⁵⁷⁹, quizá, podría requerir un mayor esfuerzo para comprender la necesidad de interacción entre el poder judicial y el poder ciudadano informal, como un mecanismo canalizador de las demandas de la sociedad, que defendemos aquí, clave de la legitimidad de los ordenamientos constitucionales. Porque, además de mejorar la eficiencia de la justicia, esa conexión poder judicial-sociedad influye directamente en la legitimidad social del poder judicial, traducida en *confianza y credibilidad social por parte de la población*. Y como hemos visto anteriormente, una valoración global de la administración de la justicia española realizada en el año de 2013 por el Consejo General del Poder Judicial que constata un empeoramiento de la imagen del poder judicial ante la opinión pública: «se ha incrementado de un 57% en el año de 2008 a un 71% este año (que perciben la Justicia española como mal o muy mal). Esto equivale a que 7 de cada 10 españoles tienen una opinión negativa sobre la justicia»⁵⁸⁰.

Queda claro, por lo tanto, la relación entre imagen de la justicia y su efectiva contaminación con la sociedad; entre escuchar las demandas populares y la credibilidad de la sociedad en el poder judicial como institución que presta un servicio público y se preocupa con los problemas sociales y políticos vividos por la sociedad. En este sentido,

⁵⁷⁸ Isabel Báez Lechuga. *Análisis jurídico-político de la Iniciativa Ciudadana Europea en el Contexto de un equilibrio institucional complejo: posibles efectos dinamizadores de la democracia a partir de la introducción de la iniciativa ciudadana en la Unión Europea*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016, p. 88.

⁵⁷⁹ *Idem*.

⁵⁸⁰ *Undécimo barómetro del CGPJ*. Encuesta a población general sobre la administración de justicia. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2013, p. 5.

el modo en que la justicia desarrolla su relación con el poder ciudadano informal será determinante en la imagen que la sociedad tiene sobre el poder judicial. Este es el reto más importante.

No es inútil recordar que el activismo aparece cuando el juez, entre muchas soluciones posibles, atiende el deseo del cambio social. Caso contrario, opta por frenarlo. Ahí ya no es activismo judicial. Y como bien apunta Garapon esa interferencia hacia el cambio no es homogénea de una cultura a otra: la actuación y la imagen de los jueces activistas en España, no es la misma que en Brasil; o la influencia política de los jueces en los países del *Common Law* que, quizá, por ser más antigua, son menos llamativas. Por eso, el activismo adoptaría dos formas: una, como una especie de orden a seguir, si hay un cuerpo de jueces poderoso; o, la otra, donde hay miembros puntuales de la judicatura, que son apuntados como activistas, si no hay una gran tradición de independencia en la magistratura.⁵⁸¹ Por esta razón, me gustaría atenerme ahora al tema de la independencia de sala del juez en España y, con eso, inevitablemente abordaremos el tema de la potestad disciplinaria judicial y su nueva configuración disciplinada por la Ley Orgánica 4/2013.

En cualquier estado democrático existe la preocupación por garantizar la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, así como por exigir la responsabilidad al ejercerla. Aunque sea un empleado público, un juez debe tener un estatuto judicial diferenciado, una especie de condición previa asociada a la figura constitucional del juez, para arropar su actuación y garantizar su independencia para cumplir el poder atribuido por la Constitución: «el poder de juzgar y de ejecutar lo juzgado»⁵⁸². Como es lógico, la independencia judicial tiene íntima conexión en su responsabilidad con el ejercicio de la potestad judicial. De ahí la existencia de un régimen disciplinario judicial, que además de informar sobre las bases de la disciplina en la actuación judicial y la necesidad de actuar con plena sujeción a la ley, también aporta una especie de estándar, un mínimo de conducta ética en su actuación. Es importante dejar claro que los jueces no solo deben ser éticos, sino que también deben parecerlo, porque esta apariencia influye en la percepción ciudadana de confianza en la Justicia.

⁵⁸¹ Antonie Garapon. *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*. Traducido del francés por Manuel Escrivá de Romani. (Título original: *Le Gardien des Promesses. Justice et démocratie*. París: Etions Dile Jacob, 1996). Madrid: Flor del Viento Ediciones, 1997, p. 49.

⁵⁸² Gema Rosado Iglesias y Ana Espinosa Díaz. “Independencia judicial y poder disciplinario”. En *Independencia Judicial y Estado Constitucional. El gobierno judicial*. Luis Aguiar de Luque (Ed.) Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 103-104.

Ahora bien, esa relación entre la responsabilidad jurídica del juez y la independencia judicial debe encontrar su equilibrio con la necesidad de garantizar la segunda, es decir, debe estar libre de extrapolaciones y de cualquier amenaza de control de la disciplina y del régimen sancionador, debiendo limitarse a verificar la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico por parte del juez y su adecuado ejercicio de tutela. De acuerdo con Gema Rosado y Ana Espinosa, «el sistema español de responsabilidad judicial es uno de los más completos y acabados del Derecho Comparado»⁵⁸³. Sin embargo, según un estudio del Foro Económico Mundial, España se sitúa al nivel de Irán en independencia judicial, obteniendo un escaso 3,7 de nota y ocupando el lugar 72 entre los 148 países analizados, siendo los países con una justicia más independiente del Poder Ejecutivo Nueva Zelanda (6,7), Finlandia (6,6), Irlanda (6,4), Hong Kong (6,3), Noruega (6,3) y el Reino Unido (6,2). Además, la Comisión Europea ha suspendido a España en independencia judicial, considerado el cuarto país en la percepción de independencia judicial más baja (cuadro de indicadores del año 2015)⁵⁸⁴. Hay, por lo tanto, mucho trabajo que hacer en el tema de independencia judicial en España, ya que se trata de una garantía tan crucial para la democracia e imprescindible para el poder judicial. En este sentido, la independencia de sala no parece ser una garantía suficiente para la independencia judicial.

El régimen disciplinario de los jueces y magistrados está regulado en el libro IV, *de los Jueces y Magistrados*, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ, en el Título III, “*De la responsabilidad de los jueces y magistrados*” (artículos 405 a 427) y, las mencionadas autoras apuntan sus principales características: a) no aplicación de responsabilidad política sobre el poder judicial; b) la regulación del sistema de recursos a los órganos superiores para la revisión de las decisiones jurisdiccionales; c) procedimientos de responsabilidad individual penal del juez y magistrado (recordando que la Ley orgánica 7/2015 excluyó la responsabilidad civil de los mismos y que esta responsabilidad no corresponde ser declarada por el Consejo General del Poder Judicial y sí a un órgano jurisdiccional); d) regulación de un régimen de responsabilidad disciplinaria riguroso; e) determinación de un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial o funcionamiento anormal de la administración de justicia; f)

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 109.

⁵⁸⁴ Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín y José Manuel Suárez Robledano. *Independencia judicial y consejos de la judicatura y magistratura. Europa, Estados Unidos e Iberoamérica*. Barcelona: Atelier, 2015, p. 58.

admisión de la acción de repetición atribuida y reservada al Estado, en los términos del art. 296 de la LOPJ⁵⁸⁵.

Aquí nos interesa solo analizar el ámbito de aplicación de este riguroso régimen de responsabilidad disciplinaria. Recuerdan las autoras Rosa Rosado y Ana Espinosa que la responsabilidad de los jueces y magistrados «podrá exigirse respecto al ejercicio de las funciones, pero no en relación con el propio ejercicio de la función jurisdiccional, pues lo contrario supondría un límite a la independencia judicial. Dicho de otro modo, no cabe exigirla frente a las actuaciones judiciales eventualmente erróneas en la interpretación de las normas o en la valoración de los hechos, corregibles por la vía de recurso legalmente establecida. El ámbito de aplicación de la potestad disciplinaria se limita y contrae a las infracciones del ordenamiento, a las actuaciones dolosas o culposas, incluso las que son consecuencia de la ignorancia manifiesta e injustificada, o de falta de diligencia en la tramitación de los asuntos, en el desempeño de las funciones, pero en todo caso infracciones del ordenamiento jurídico aplicable a los mismos»⁵⁸⁶. Es decir, la responsabilidad disciplinaria requiere que la conducta sea dolosa, culposa, o que esté presente el elemento de la ignorancia o negligencia inexcusable.

Así pues, es menester destacar aquí dos puntos importantes. En primer lugar, las conductas que serán objetos de fiscalización no pueden macular ni ser una amenaza al principio de independencia judicial y, en segundo lugar, el activismo judicial es perfectamente compatible con el régimen disciplinario, ya que la intención no puede ser nunca la violación de la ley, sino la elección de la legislación e interpretación más justa al caso concreto, debidamente fundamentada en el ordenamiento jurídico. Y, por lo tanto, el sistema de rendición de cuentas no puede ser una herramienta para frenar el activismo judicial, al no poder referirse a la interpretación y aplicación de la ley realizada por los jueces. En este orden de cosas, lo cierto es que, indudablemente, lo que el juez activista debe hacer es, en el ejercicio de su poder de juzgar y ejecutar lo juzgado, siempre cumplir con el deber de fidelidad a los preceptos constitucionales y actuar con pleno sometimiento a la ley, respetando en todo momento *el proceso*. Eso no impide que se escuche las demandas populares y sea sensible a los problemas de la sociedad, sino todo lo contrario: eso es parte del trabajo de tutela de los derechos de las personas. No hay que dejar de ser activista por amenaza del proceso disciplinario, porque el activista es solo un intérprete

⁵⁸⁵ *Ibidem*, 109-110.

⁵⁸⁶ Gema Rosado Iglesias y Ana Espinosa Díaz. *Op. cit.*, p. 115.

independiente, imparcial, que se sujeta a ley y que es conocedor de su relevancia sociopolítica y de la nueva dimensión que la sociedad exige del Poder Judicial. Además, las órdenes de los jueces siempre serán «correctas» y no susceptibles de corrección, independientemente de que sean activistas o no, siempre y cuando se respete la totalidad del ordenamiento constitucional.

5.3.2 *El sistema jurídico europeo como inspirador del activismo judicial en España*

La Comisión Europea publicó el 9 de marzo de 2015 la tercera edición del cuadro de indicadores de la justicia en el marco de la Unión Europea con el objetivo de promover la independencia, calidad y eficiencia de los sistemas de administración de justicia, toda vez que la efectividad de la tutela judicial es un derecho consagrado en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, además de ser crucial para la aplicación de la legislación y para el fortalecimiento de la confianza mutua. Ahí está establecido que:

Los indicadores de la Justicia en la Unión son una herramienta clave en la estrategia económica de la Unión Europea, que permite una Administración de Justicia más eficaz para los ciudadanos y las empresas, pues un sistema de Justicia independiente y que funcione correctamente es esencial para ganarse la confianza de los ciudadanos y de los inversores e indispensable para generar confianza mutua en el Espacio Europeo de Justicia.⁵⁸⁷

En este marco, en el tópico de la percepción social de la independencia judicial, España está situada nada menos que en 25º lugar de los 28 estados miembros y en 21º lugar en resolución de conflictos. Son realmente datos preocupantes, que demuestran parte de las disfunciones de la Justicia española.

⁵⁸⁷ Véase *European Commission. Press Release Database. Indicadores de la justicia en la UE para 2014: hacia unos sistemas de administración de justicia más eficaces en la UE*. Disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-273_es.htm, acceso el 25 de noviembre de 2017.

El artículo primero de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional dice que este Tribunal, siendo el intérprete supremo de la Constitución, es «independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido solo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica», así como el artículo veintisiete establece que en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional debe garantizar la primacía de la Constitución y enjuiciar la conformidad o disconformidad constitucional de los actos y leyes impugnados. Obviamente, siendo la Constitución española anterior a su ingreso en la Unión Europea, también está sometida a los tratados firmados en la Unión Europea y, por lo tanto, a los Tribunales de Justicia europea.

La Asamblea General de la Red Europea de Consejos de Justicia (RECJ) aprobó la Declaración de Londres⁵⁸⁸ el 4 de junio de 2010 y, con ella, el informe titulado «Deontología judicial: principios, valores y cualidades» que trata de la deontología, del deber y la ética de los jueces. Partiendo de la evidencia de que las leyes no evolucionan al mismo ritmo que las sociedades, el informe deja clara la necesidad de que los jueces no se vinculen solamente a las reglas, sino también a los principios, haciendo siempre uso de su «sabiduría» para crear el derecho y asumiendo su condición de «líder social».

Es indudable que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al interpretar las disposiciones de los Tratados y del Derecho Europeo constituye una fuente muy valiosa para los jueces activistas españoles, que la utilizan para completar el derecho nacional e introducir los principios generales allí reconocidos y admitidos. El principio de primacía del Derecho de la Unión Europea impone su aplicación con preferencia al derecho nacional de los Estados miembros. Como indicó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia *Simmenthal*, «el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de estas

⁵⁸⁸ Véase Declaración de Londres sobre la Deontología Judicial. Disponible en http://www.poderjudicial.es/stfls/RELACIONES%20INTERNACIONALES/INFORMES%20CCJE/FICHERO/Considerando%20del%20Informe%202009-2010%20de%20Grupo%20Deontologia%20judicial_1.0.0.pdf, acceso el 25 de noviembre de 2017.

por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional»⁵⁸⁹. El incumplimiento del Derecho de la Unión Europea genera responsabilidad al Estado miembro, siendo claro que cualquier vulneración al Derecho comunitario constituye al mismo tiempo una violación constitucional. El mecanismo de garantizar la plena eficacia de las normas y de atribuir responsabilidades a quien las incumpla son vectores de base en el activismo judicial. Como ha dejado claro el dictamen 2/13 del Pleno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea «la Carta no es un tratado internacional más, ni un sistema de protección de derechos: opera en un contexto supranacional y no meramente internacional»⁵⁹⁰ y eso lo tiene claro el activismo judicial, que muchas veces la utiliza para hacer avanzar el derecho nacional.

Nótese que la referida primacía del derecho comunitario, conforme dispuesto en la misma sentencia *Simmenthal*, no solamente hace inaplicable de pleno derecho la disposición nacional contraria a las disposiciones del Derecho comunitario, sino también puede «impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias»⁵⁹¹. Hay obligación de cumplir estas normas, porque hay un nuevo marco de derechos fundamentales en Europa, que necesita ser concretado, protegido y vivenciado día a día. Además, la existencia de la Unión Europea y del derecho comunitario ha permitido el reconocimiento por parte de algunos miembros de las instituciones jurídicas nacionales de sus reprochables desvíos, lejanías y aislamientos de la legislación de la propia Unión Europea. En este sentido, afirma Joaquín H. Martínez de Velasco, Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que «nuestro Tribunal Constitucional no ha sabido encontrar su sitio en el entramado institucional de la Unión Europea. Aunque su incomodidad ha ido disminuyendo con el paso del tiempo, durante muchos años ha dado la impresión de que la dimensión jurídica del proceso de integración en el Viejo Continente no fuera con él»⁵⁹². Esa indiferencia y lejanía de la sociedad también lo intenta

⁵⁸⁹ Véase *Sentencia Simmenthal*. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=106/77&td=ALL>, acceso el 28 de noviembre de 2017.

⁵⁹⁰ Véase el Dictamen 2/13 del Pleno del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2014.

⁵⁹¹ *Sentencia Simmenthal*. *Op. cit.*

⁵⁹² Joaquín Huelin Martínez de Velasco. *Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (una aproximación “post-Lisboa”). *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 39, 2011, pp. 377-378.

corregir el activismo judicial para que la dimensión europea sea un horizonte de acción y transformación en el derecho nacional.

Citamos como ejemplo el caso de la normativa española relativa a la ejecución hipotecaria, que fue considerada a juicio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea un procedimiento no garantista para el deudor y contrario a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. La sentencia, de 14 de marzo de 2013, fue resultado de una cuestión prejudicial -las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores- que tuvo por objeto la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. Así fue considerada porque no hay previsión «en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, de la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo; y por otro lado, no permite tampoco que el Juez que conozca del procedimiento declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esta cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas y en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, siendo imprescindible para garantizar la eficacia de la decisión final»⁵⁹³. Además, ha destacado que el juez nacional debe apreciar las cláusulas contractuales abusivas de oficio para corregir los desequilibrios derivados del contrato entre el consumidor y la empresa/el profesional. Como resultado de esta apreciación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Parlamento español aprobó la Ley nº 1/2013 con el objetivo de mejorar la protección de los deudores hipotecarios.

Otro caso de incompatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que podemos citar concierne sencillamente al principio de la igualdad. Se refiere a una sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de septiembre de 2011, C-177/10 en que señala, básicamente, lo siguiente: «en el supuesto de que un tribunal nacional, incluido un Tribunal Constitucional, excluyera la aplicación de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco al personal de la función pública de un Estado o permitiera diferencias de trato entre los funcionarios interinos y los funcionarios de carrera a falta de razones objetivas, en el sentido de la cláusula 4, apartado I, de dicho Acuerdo marco, procederá declarar que tal jurisprudencia va en contra de lo dispuesto en estas normas del Derecho de la Unión e incumple las obligaciones que incumben a las autoridades

⁵⁹³ Raquel Castillejo Manzanares. “Las cláusulas abusivas en el procedimiento hipotecario español”. En *Nuevos debates en torno a la justicia española*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 207.

judiciales de los Estados miembros, en el marco de sus competencias, de garantizar la protección jurídica que de las disposiciones de dicho Derecho se desprende para los justiciables y de garantizar su pleno efecto»⁵⁹⁴. El principio de igualdad y de no discriminación es un principio tanto del ordenamiento nacional español como del Derecho comunitario y los Estados miembros están a él vinculados. Es precisamente esa vinculación, esa concreción de los principios, valores y derechos y garantías fundamentales que se enmarca en el activismo judicial. En este sentido, el Derecho comunitario y el principio de la cooperación leal mutua sirven de guía para el avance del derecho nacional y del rol de los operadores del derecho de los Estados miembros. Incluso hay quien defiende que no se puede comprender en la actualidad la tarea hermenéutica de las jurisdicciones constitucionales españolas sin tener en cuenta el Derecho comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, siendo el principio de la interpretación de la Constitución de acuerdo con el Derecho comunitario un auténtico principio general del derecho⁵⁹⁵.

En esta línea de raciocinio, como bien apuntó Francisco José Sospedra Navas, esa «doble faceta del juez europeo ordinario, como juez constitucional y como juez comunitario, le apodera para realizar un control de la norma interna, incluso de aquellas que tiene fuerza de ley, en su vertiente de compatibilidad con el Derecho comunitario, al punto de que ya no cabe hablar de un monopolio jurisdiccional exclusivo de la Corte constitucional en el control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley»⁵⁹⁶.

Otro ejemplo claro de la necesidad de intervención activista del poder judicial lo encontramos al respecto de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios. Ya que el mercado por sí solo no es capaz de regular ni de erradicar las cláusulas abusivas de los contratos, es necesaria la actuación de un poder público que proteja a la parte más débil. El punto de inflexión aquí fue la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/2011, Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa). Trataremos de esta sentencia más adelante, pero registro ahora que la primera Sala del TJUE declaró lo siguiente:

⁵⁹⁴ Véase C-177/10, de 8 de septiembre de 2011, Francisco Javier Rosado Santana vs. Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, p. I-7907, apdo. 61.

⁵⁹⁵ Pablo Pérez Tremps, jurista español. "La jurisdicción constitucional y la integración europea". *Revista Española de Derecho Europeo*, nº. 29, 2009, p. 37.

⁵⁹⁶ Francisco José Sospedra Navas. *Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales*. Navarra: Civitas, 2011, p. 44.

1) La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (ley 4573/1993), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

2) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que:

- el concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;
- para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual.

El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el anexo al que remite esa disposición solo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

En la secuencia, la sentencia del Tribunal Supremo Español, del Pleno de 9 de mayo de 2013, EDJ 53424, declaró abusivas, y anuló las cláusulas suelo impugnadas mediante acción colectiva y, obviamente ha sido determinante en los posteriores contratos de préstamos con garantía hipotecaria. Sin embargo, se consideró que la nulidad de las cláusulas suelo no afectaría a «las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados con anterioridad a la fecha de aquella sentencia, de 9 de mayo de 2013»⁵⁹⁷. La cuestión de la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo llegó hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Gran Sala, en sesión de 26 de diciembre de 2016, afirmó que se privó a todo consumidor que celebró contrato antes de 9 de mayo de 2013 de obtener la restitución íntegra del valor abonado y, al final, se pronunció sobre la retroactividad de las cláusulas suelo y registró que la anulación de

⁵⁹⁷ José Luis Gómara Hernández. *Claves Prácticas*. Madrid: Francis Lefebvre, 2017, pp. 9-10.

la cláusula implicaba que se debía considerar inexistente, de manera que no podría tener efectos frente al consumidor⁵⁹⁸. Frente a tantos litigios sobre el tema, el Gobierno aprobó el RDL 1/2017 para instaurar un mecanismo extrajudicial para las reclamaciones de los consumidores afectados.

Por fin, menciono también el tema de los desahucios en España. El derecho constitucional a una vivienda digna está regulado en el artículo 47 de la Constitución Española, en el Título I, capítulo III titulado Principios Rectores de la Política social y económica y reza que «*los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho*». De acuerdo con Pilar Garrido Gutiérrez, los derechos allí expuestos son «derechos que se articulan como principios y se concretan en mandatos de optimización, en cuanto que deben ser realizados dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. El resultado final dependerá de la ponderación de principios. Lo que en ningún caso puede ser confundido con su ineficacia. Es más, existirían derechos sociales mínimos, como el derecho a la vivienda básica que estarían garantizados iusfundamentalmente»⁵⁹⁹. Sin embargo, es evidente la insuficiencia de la normativa actual en España al constatarse los graves problemas que son planteados al Poder Judicial español y de la Comunidad Europea. Y aquí la necesidad de una postura activa para concretar este derecho es crucial. Una interpretación para impedir el conflicto de intereses entre el derecho de propiedad y el derecho de vivienda (en los casos de desahucios), por ejemplo, en el caso STC 89/1989, fue utilizar la función social de la propiedad de la vivienda, conforme al artículo 33.2 de la Constitución Española. Otras sentencias pasaron a aceptar la dación en pago⁶⁰⁰. Fue, como hemos comentado antes, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, la que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, que dio algo de esperanza a la grave situación que

⁵⁹⁸ Pablo Izquierdo Blanco; Joan Picó i Junoy; Frederico Adán Doménech (Dtores). *Manual de actuaciones frente a la ejecución hipotecaria inminente. Oposición a la ejecución hipotecaria. Textos legales. Comentarios. Formularios. Jurisprudencia. Bibliografía*. Barcelona: Bosch, 2017, pp. 358-359.

⁵⁹⁹ Pilar Garrido Gutiérrez. “¿Para que una constitución? Los desahucios a la luz del derecho constitucional a una vivienda digna. Apuntes sobre algunas estrategias defensivas”. En *Constitucionalismo Crítico*. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín. Miguel Ángel García Herrera; José Asensi Sabater y Francisco Balanguer Callejón (Coord.) Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 401.

⁶⁰⁰ Caso de la Audiencia Provincial de Girona, de 6 de septiembre de 2011, que consideró el comportamiento de la entidad bancaria de abusivo y antisocial, así como que caracterizaría enriquecimiento ilícito. Información extraída del artículo de Pilar Garrido Gutiérrez. *Op. cit.*, nota al pie de página, p. 411.

vivía España ya hace algún tiempo. En esta sentencia, con relación al procedimiento de ejecución, «se obliga a modificar la legislación española para que el juez pueda conocer de oficio la existencia de cláusulas abusivas y si es necesario pueda suspender dicho proceso»⁶⁰¹. Como resultado, ha sido publicada la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que tuvo su origen en una iniciativa legislativa popular, con el objetivo de reforzar la protección a los deudores hipotecarios, permitir la reestructuración de la deuda y facilitar el alquiler social. Hay mucho que hacer todavía para percibir los efectos concretos del derecho constitucional en la vivienda y, por eso mismo, el papel inmediato y activista del poder judicial y, en este caso, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁰², es fundamental para que no haya violación del derecho.

5.4 ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

5.4.1 La Constitución de Estados Unidos y sus enmiendas

La historia del constitucionalismo en Estados Unidos es larga en el tiempo, pero sobria en contenido, pues se limita a una sola constitución que ha recibido una serie de modificaciones o enmiendas que, en lugar de integrarse en el texto original, como es común en otros países, se han mantenido como anexos a la constitución original, de forma que en lugar de las sucesivas constituciones que hemos visto en los otros países objeto de este estudio aquí tenemos una sola constitución cuyo texto se ha ido ampliando mediante anexos. Es la constitución más antigua todavía en vigor y también la más corta en contenido. Sin embargo, a su alrededor se ha ido creando una jurisprudencia que se ha ido adaptando a la evolución de la sociedad, como veremos a continuación, y ha creado modelos jurídicos seguidos por muchos otros países.

⁶⁰¹ Pilar Garrido Gutiérrez, *Op. cit.*, p. 411.

⁶⁰² El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relaciona los desahucios con la vulneración de otros derechos civiles, como por ejemplo la vida privada y familiar; el derecho a no ser sometido a tratos degradantes o inhumanos; derecho al debido proceso legal, etc. Véase Pilar Garrido Gutiérrez, *Op. cit.*, p. 419.

Como ya hemos comentado anteriormente, el 3 de septiembre de 1783 se firmó el Tratado de París por el cual Gran Bretaña reconocía la independencia de sus colonias en América del Norte y con ello se daba fin a la Guerra de la Independencia de Estados Unidos (1775-1783). Tras ello, las trece antiguas colonias se organizaron formando una Confederación de Estados que funcionaban como estados independientes, con un Congreso Federal débil y sin autoridad real que tenía competencias para regular temas de interés común para todos los Estados como firmar tratados y alianzas con otros países, mantener unas fuerzas armadas comunes, acuñar moneda y regular el comercio exterior, pero sin la posibilidad de implantar impuestos federales obligatorios para financiar esas actividades y pagar la deuda externa que habían acumulado con la guerra, y sin un banco central o un poder ejecutivo y judicial común y superior al de los Estados. Dado que habían terminado una guerra para escapar del centralismo del poder británico no querían repetir ese modelo con un poder equivalente a nivel federal.

Una muestra de la problemática de dicha situación fue la llamada Rebelión de Shays, una serie de protestas en 1786 y 1787 contra las leyes estatales y locales sobre pago de impuestos y deudas que llegó a reunir una milicia armada de más de cuatro mil personas con el objetivo de combatir lo que denominaban «el gobierno tiránico de Massachusetts», y que fueron reprimidas militarmente por el General Benjamin Lincoln con un ejército que tuvo que ser reclutado por el estado de Massachusetts y financiado de forma privada por 125 comerciantes ya que el Congreso Federal no disponía de fondos para hacerlo. Ello evidenció la necesidad de crear un gobierno central fuerte, lo cual fue reconocido en la Convención de Annapolis en septiembre de 1786 por los cinco estados representados, que pidieron la realización de otra convención con la participación de todos los estados en Filadelfia en mayo de 1787, en la cual se aprobó dar los pasos necesarios para la creación de un gobierno central con una constitución que asegurara que dicho gobierno no acumulara demasiado poder y proteger con ella las libertades individuales de los ciudadanos frente al gobierno federal. Una Constitución para «formar una unión más perfecta».

Para aprobar un texto que más tarde fuera ratificado por los diferentes estados fue necesario realizar negociaciones, concesiones y compromisos, como sobre el tema de la esclavitud al incluir en la Constitución el compromiso de no prohibir la importación de esclavos a nivel federal hasta 1808 o contar tres quintos de la población esclava para calcular el número de representantes de cada estado en el Congreso, lo cual significaba una concesión de los estados del norte hacia los del sur, pero como contrapartida ese

mismo porcentaje de población esclava también era usado para calcular la contribución a nivel de impuestos federales, haciendo que los estados con más esclavos pagaran más impuestos; el compromiso alcanzado sobre como acordar el número de representantes por cada estado en el congreso federal creando dos cámaras, la cámara alta o Senado con igual representación por cada uno de los estados y la baja, la Cámara de Representantes, con representación basada en la población de cada estado, lo que se conoce como el *Connecticut Compromise*; también se relajó el número de estados que debían ratificar el texto para su entrada en vigor, pasando de la ratificación por todos y cada uno de los trece estados, como se indicaba en los acuerdos de la Confederación, a solo nueve.

La propuesta de Constitución fue enviada para su ratificación a los trece estados el 28 de septiembre de 1787 y en junio de 1788, tras haber sido ratificada en nueve estados, el Congreso determinó que el 4 de marzo de 1789 entraría en funcionamiento el nuevo gobierno federal, elegido tras las primeras elecciones bajo la nueva Constitución de finales de 1788.

La Constitución comienza con las palabras *We the People* (nosotros, el pueblo), lo que retrata un marco del constitucionalismo americano que es el momento en que el pueblo reclama el derecho de tomar las decisiones, de escribir su propia historia, escribir su Constitución y estructurar su propio país. Es el momento de la fundación, que gana contornos de democracia dualista, donde las decisiones son tomadas por el pueblo (algo que ocurre raras veces, solo en los «momentos constitucionales») y no solo por el gobierno, según afirma Ackerman. La Constitución de 1787 es resultado de estos raros momentos, es la manifestación-decisión del pueblo a través del poder constituyente. De acuerdo con Canotilho, es ahí donde el pueblo fija, en un texto escrito, las reglas «disciplinadoras y domesticadoras» del poder, para oponerse a los gobernantes que violen la Constitución. Es la limitación normativa del dominio político y, por eso afirma el autor que la «constitución es un acuerdo celebrado por el pueblo y en el seno del pueblo a fin de crear y constituir un gobierno vinculado a la ley fundamental»⁶⁰³.

Los padres de la Constitución americana buscaron establecer en la ley fundamental escrita determinados derechos y principios fundamentales que quedaban fuera de la disposición de una «posible tiranía de la mayoría» por su racionalidad intrínseca y por su dimensión evidente de verdad⁶⁰⁴. Aquí la Constitución es entendida

⁶⁰³ J. J. Gomes Canotilho (2003). *Op. cit.*, p. 59.

⁶⁰⁴ J. J. Gomes Canotilho (2003), p. 59, apud E. S. Morgan. *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America*. W. W. Norton and Company, New York/London, 1988.

como *higher law*. Y, de acuerdo con Canotilho, la consecuencia lógica de ese entendimiento es la elevación de la ley constitucional a *paramount law*, es decir, una ley superior que torna nula cualquier ley inferior que infrinja los preceptos constitucionales. Eso justificará, sigue el autor, diferentemente de lo que ocurrió en el constitucionalismo inglés y francés, la elevación del poder judicial a defensor de la constitución y guardián de los derechos y libertades⁶⁰⁵.

Una vez ratificada y en vigor la nueva Constitución su evolución fue determinada por las enmiendas que se fueron realizando como anexos al texto original, que vamos a presentar a continuación de forma muy rápida para poder valorar sus contenidos. Doce de ellas fueron propuestas por el Congreso en septiembre de 1789, de las cuales diez fueron ratificadas por los estados y adoptadas en diciembre de 1791 (las denominadas *Bill of Rights*), otra fue ratificada en 1992 como la 27ª Enmienda (más de 200 años después, relativa a la prohibición de alterar la compensación económica a los miembros del Congreso durante su mandato) y la última propuesta de enmienda nunca fue adoptada (relativa a la relación del número de ciudadanos por miembro de la Cámara de Representantes).

Hay que destacar el hecho de que solo dos años después de la aprobación de la Constitución se propongan una serie de enmiendas destinadas a garantizar la libertad y derechos de los ciudadanos y a limitar más claramente el poder del gobierno federal. Vemos que el objetivo de la Constitución fue desde el principio limitar los poderes del ejecutivo, legislativo y con ello surge el sentido del poder judicial como garante constitucional. Incluso si percibimos la falta de contenido de carácter social de la Constitución comparada con las de otros países tenemos una explicación al hecho de que el poder judicial cree jurisprudencia en ese sentido, aunque como veremos más adelante no siempre ha sido así. En estas primeras diez enmiendas se aseguran derechos como la libertad religiosa, de expresión, de prensa (1ª enmienda), de tenencia de armas (2ª enmienda), restringe la estancia de soldados en domicilios particulares sin permiso del propietario (3ª enmienda), prohíbe los registros policiales no razonables (4ª enmienda), protege a los individuos de la obligatoriedad de declarar contra ellos mismos en casos criminales (5ª enmienda), establece otros derechos relacionados con la acusación criminal (6ª enmienda), el derecho al jurado (7ª enmienda), prohíbe la imposición de fianzas, multas o castigos excesivos (8ª enmienda), protege derechos existentes pero no

⁶⁰⁵ *Ibidem*, pp. 59-60.

mencionados explícitamente en la Constitución (9ª enmienda), y reserva a los estados o al pueblo aquellos poderes no cedidos explícitamente al gobierno federal (10ª enmienda).

Después de las enmiendas de la *Bill of Rights* se introdujo la 11ª enmienda (ratificada en febrero de 1795), que proporciona inmunidad a los estados frente a las demandas de ciudadanos de otros estados o de extranjeros y la 12ª enmienda (ratificada en junio de 1804) que regula el procedimiento de elección del presidente y vicepresidente de los Estados Unidos. Los juristas denominan a este período de la historia constitucional estadounidense La Fundación, un momento de creatividad constitucional tanto en el proceso como en la substancia, uno de los tres grandes momentos decisivos de la historia constitucional de Estados Unidos junto con La Reconstrucción y el New Deal.

Es sabido que en esas enmiendas constitucionales adoptadas en 1791 y dirigidas en gran parte a garantizar derechos y libertades individuales no se aprovechó para abolir la esclavitud como un tema básico de libertades individuales, algo que no llegó hasta la 13ª enmienda, adoptada en diciembre de 1865. Es interesante profundizar algo más en ese tema dado el amplio espacio de tiempo entre la ratificación de la Constitución y la de esta enmienda, además de ser un asunto que se considera uno de los detonantes de la Guerra Civil americana.

Como explica Luis Pomed Sanchez⁶⁰⁶, la América colonial fue un territorio esencialmente esclavista y no existía un consenso mínimo a favor de la emancipación de los esclavos, de forma que los intereses esclavistas que defendían algunos de los participantes en la Convención de Filadelfia llevaron a reflejar en el texto de la Constitución algunos puntos que mantenían el *status quo*, como el artículo 1 donde se imponía una moratoria para la prohibición de la importación de nuevos esclavos hasta 1808, o el artículo 4 que ordenaba devolver a su dueño los esclavos fugitivos huidos a otro estado, todo ello pocos años después de decir en la Declaración de Independencia que todos los hombres son creados iguales y con ciertos derechos inalienables como la vida y la libertad. Incluso después de 1808 continuó el comercio de esclavos entre los estados y la norma sobre la importación no se aplicaba en geografías que más tarde se convertirían en nuevos estados de los Estados Unidos, como el territorio de Louisiana, que fue comprado a Francia y se convirtió en el 18º estado en 1812 manteniendo su condición de estado esclavista.

⁶⁰⁶ Luis Pomed Sánchez, El gobierno de los jueces. Estudio preliminar. Edouard Lambert. Madrid: Tecnos 2010, p. 9.

Esto nos muestra que una constitución no siempre ha garantizado necesariamente los derechos y libertades del pueblo en un país, solo de aquellos considerados ciudadanos, heredando un concepto que ya se aplicaba en la Grecia clásica, y está claro que la redacción inicial de la Constitución estadounidense diferenciaba claramente entre esclavos y ciudadanos, y el Tribunal Supremo lo corroboró en 1856 cuando con la sentencia *Dred Scott vs. Sanford* rechazó que un esclavo adquiriese la libertad por habitar en un estado libre (aquellos donde ya se había abolido la esclavitud), negando que ningún negro, libre o esclavo, pudiera tener reconocida la ciudadanía, llegando a mencionar que, «en opinión de la Corte, la legislación y las historias de aquellos tiempos, y el lenguaje usado en la Declaración de Independencia, muestran que ni la clase de personas que han sido importadas como esclavos ni sus descendientes, hayan o no sido liberados, fueran entonces reconocidos como parte del pueblo, ni se tuviera la intención de ser incluidos en las palabras generales usadas en ese instrumento memorable»⁶⁰⁷.

Esa sentencia nos lleva a pensar que la misión del Tribunal Supremo en aquellos tiempos era la de interpretar la Constitución y aplicarla para decidir si una ley o sentencia era constitucional o no, pero no necesariamente crear Derecho para defender al pueblo frente al Estado en el sentido en que hablamos en este trabajo. Eso ocurría en 1856 en Estados Unidos ¿está ocurriendo también en la actualidad en los países objeto de este estudio?

Tras la Guerra Civil se adoptaron las enmiendas 13ª, 14ª y 15ª, conocidas como las *Enmiendas de la Reconstrucción*, adaptadas entre 1865 y 1870, los cinco años posteriores a la Guerra Civil y más de sesenta años después de la anterior enmienda. La 13ª enmienda fue adoptada en diciembre de 1865 aboliendo la esclavitud y la servidumbre involuntaria excepto como condena por un crimen, la 14ª fue ratificada en 1868 y fue redactada para recoger derechos ciudadanos y protección legal de los antiguos esclavos, y la 15ª que prohíbe denegar a un ciudadano el derecho al voto por su raza, color o condición de esclavitud anterior, ratificada en febrero de 1870.

Ya en el siglo XX se adoptan en 1913 la 16ª enmienda, que autoriza al Congreso a instaurar impuestos sobre los ingresos sin repartirlos con los estados, la 17ª, que establece que los miembros del Senado sean elegidos por elección popular en lugar de por los cuerpos legislativos de los Estados; en 1920 se adoptan la 18ª enmienda que

⁶⁰⁷ *The case of Dred Scott in the United States Supreme Court*, Biblioteca del Congreso, disponible en <https://www.loc.gov/item/10034357/>, acceso el 7 de octubre de 2017.

prohibía la producción, transporte y venta de bebidas alcohólicas (la conocida como *ley seca*), y la 19ª enmienda, que prohíbe denegar el derecho al voto según el sexo, culminando con ello las campañas de sufragio universal para incluir el voto de las mujeres.

En 1933 se adoptaron las enmiendas 20ª, que cambió las fechas de comienzo y final de los mandatos del presidente, vicepresidente y miembros del Congreso, así como determinó las reglas a seguir en el caso de que no haya un presidente electo, y la enmienda 21ª, que revoca la enmienda 19ª sobre la prohibición de producción, transporte y venta de bebidas alcohólicas. Esta ha sido la única enmienda constitucional que ha revocado una enmienda anterior.

La 22ª enmienda fue ratificada en 1951 y limita el número de veces que se puede ser elegido presidente de los Estados Unidos. La enmienda 23ª, ratificada en marzo de 1961, extiende el derecho al voto a los residentes en el distrito de Columbia como si fuera otro estado, para atender a los residentes en Washington D.C., que tiene el estatus de distrito federal bajo la jurisdicción del Congreso y por tanto sin ser parte de ningún estado. En 1964 fue ratificada la 24ª enmienda, que prohíbe al Congreso y a los estados establecer ningún tipo de impuesto que condicione el derecho al voto en las elecciones federales, y en febrero de 1967 fue adoptada la 25ª enmienda, que trata de la sucesión a la presidencia y establece los procedimientos a seguir ante la falta de vicepresidente o incapacidad del presidente.

En julio de 1971 fue ratificada la 26ª enmienda, que prohíbe a los estados y al gobierno federal usar la edad como razón para denegar el derecho al voto a ciudadanos que tengan al menos 18 años de edad, y finalmente la última enmienda ratificada hasta ahora ha sido la 27ª, que además ha sido la que más tiempo ha necesitado para ser ratificada por los estados ya que fue enviada para su ratificación en 1789, a la vez que las enmiendas que componen el *Bill of Rights*, y fue ratificada en 1992, más de 202 años más tarde. Esta enmienda prohíbe que las modificaciones del salario de los miembros del Congreso tengan efecto antes del siguiente período de mandatos.

Como hemos visto los asuntos que trata la Constitución y sus enmiendas son en general temas muy concretos, los tratan con textos muy cortos y a un nivel estratégico, sin entrar en detalles más propios del correspondiente desarrollo legislativo, lo que potencia el papel de las sentencias judiciales que han ido conformando la interpretación de la Constitución generando con ello, y desde un punto de vista práctico, material legislativo en forma de jurisprudencia.

Incluso en algunos momentos de la historia de la democracia estadounidense, han sido los otros poderes los que han dejado en manos del Tribunal Supremo «la tarea de codificar el significado constitucional en una serie de dictámenes judiciales transformadores», y un ejemplo de eso fue la revolución de la época conocida como del *New Deal* en la década de 1930. El papel del Tribunal Supremo entonces fue «hacer hincapié en un lenguaje constitucional diferente y cambiar contextos paradigmáticos para expresar el valor permanente del compromiso de la Fundación con la libertad en un mundo posterior al *New Deal*»⁶⁰⁸.

Al tratar del Tribunal Supremo de la época del *New Deal*, Ackerman lo hace calificando sus decisiones como «actos de política constitucional en los que unos magistrados intervencionistas se enfrentaron a la sociedad estadounidense moderna con una agenda moral que los políticos electos carecían de coraje para llevar al centro de la vida política»⁶⁰⁹.

En el decir del profesor americano, no se puede negar que la ley contribuya a la construcción de la realidad social y ni mucho menos que el Estado no tenga nada que ver con las elecciones de los grupos sociales, haciendo referencia al argumento del juez Henry B. Brown en el caso *Dred Scott vs. Sandford* (60_US 1857) que pretendía justificar la decisión del Tribunal alegando que el estigma que sufren las personas de color «es solamente un producto de las elecciones no estatales; el Estado simplemente no tiene nada que ver con ello»⁶¹⁰, dando a entender que todo era producto de la libre elección de los propios afectados por sentirse estigmatizados.

5.4.2 El sistema jurídico estadounidense

El constitucionalismo estadounidense disciplina la idea del control de constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Supremo, que es el guardián de la Carta Magna a través de la revisión constitucional de las leyes.

⁶⁰⁸ Bruce Ackerman. *We the people. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Trad. Josep Sarret Grau. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales de Ecuador, 2015, pp. 136-152.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, pp. 161-162.

⁶¹⁰ *Ibidem*, pp. 176-177

En el preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos deja muy claro su pretensión gubernamental y sus valores al establecer que el pueblo estadounidense tiene el fin de «formar una unión más perfecta, afirmar la justicia, asegurar la tranquilidad interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general y asegurar las bendiciones de la libertad». La estructura de gobierno viene establecida en los artículos I, II y III en concordancia con la doctrina de la separación de poderes, cuyas funciones de gobierno son: legislativa, ejecutiva y judicial. La jurisprudencia de la Corte Suprema deja claro que no se trata de adoptar una «visión arcaica de la separación de poderes» con «compartimientos estancos»⁶¹¹.

Apunta Mark Tushnet que la *judicial review* (control de constitucionalidad de las normas) es frecuentemente defendida como el único camino para escapar de la potencial tiranía de la mayoría, pero que con ella se crea simultáneamente una potencial tiranía de los jueces. De ahí, él mismo defiende que la función de la teoría constitucional debe ser especificar como la *judicial review* puede existir sin tornarse una tiranía judicial⁶¹². Y, para mí, esa es clave: *poner límites para que sea viable*.

Mirando la realidad, Tushnet nos propone resituarse al pueblo en la Constitución, rescatando su papel en la vida política y social del Estado, así como en el ámbito jurídico.

Para David Robertson, la Constitución estadounidense tiene dos características que hace que sus procesos de revisión constitucional sean diferentes de los de otros países: a) es la constitución más antigua, más corta y con menos texto; b) es radical en su descripción de los derechos, mientras que constituciones más modernas aceptan que es inevitable la existencia de límites en los derechos, por lo que los jueces en Estados Unidos tienen que realizar más tareas interpretativas sobre un texto más antiguo y opaco⁶¹³. El autor también ve otra diferencia fundamental en el alcance, ya que constituciones clásicas como la estadounidense contemplan la relación entre los poderes del Estado y el ciudadano, mientras que las constituciones modernas tienden a incluir las relaciones entre ciudadanos o entidades privadas como una forma de regular todos los aspectos de un

⁶¹¹ Edward S. Corwin. *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*. Argentina: Editorial Fraterna, 1978, pp. 19-23. Véase el caso *Estados Unidos vs. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

⁶¹² Mark Tushnet. *Red, White, and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, pp. 16-17.

⁶¹³ David Robertson, *The Judge as Political Theorist*, Contemporary Constitutional Review, Princeton: Princeton University Press 2010, p. 26.

régimen democrático, irradiando los valores del régimen democrático a toda la sociedad⁶¹⁴.

Para Robertson, los textos de las constituciones modernas facilitan ese nuevo enfoque horizontal en el *judicial review*, pero en su opinión el motivo principal es el cambio constitucional y político en esas sociedades, ya que generalmente corresponden a países que vienen desde regímenes autocráticos para convertirse en democracias liberales.

Un ejemplo claro de como es visto el activismo judicial en los Estados Unidos y la importancia de la Corte Suprema aparece en una conferencia, junto con los líderes de Canadá y México, dada por Barack Obama, en Washington, en 2012, donde expresa su confianza en la Corte Suprema como órgano adecuado para el análisis de constitucionalidad de la medida de expandir el seguro de salud para más de 250 millones de americanos (conocido como *Patient Protection and Affordable Care Act* o *Obamacare*). En aquella ocasión, el expresidente recuerda a los «comentaristas conservadores» que, durante años, dijeron que «el mayor problema en el Tribunal ha sido el activismo judicial o la falta de moderación judicial, el que un grupo que no ha sido elegido democráticamente revocara de algún modo lo que ha sido debidamente constituido y promulgado en ley». Y adiciona que aquel era un «buen ejemplo», y que estaba bastante seguro de que la «Corte Suprema reconocerá eso y no dará ese paso»⁶¹⁵.

5.4.1 El Tribunal Supremo y el origen del activismo judicial

En el artículo 3 de la Constitución se establece que el poder judicial del gobierno federal estará compuesto por el Tribunal Supremo y otros tribunales de rango inferior que establezca el Congreso, dando origen con ello al Tribunal Supremo. El texto constitucional no fija el número de jueces que lo compondrán, pero leyes posteriores fijaron ese número en nueve jueces.

Los jueces son propuesto por el Presidente y confirmados por el Senado, y tienen un mandato vitalicio aunque podrían abandonar el puesto tras un proceso de destitución o *impeachment*, aunque en la práctica ningún juez del Tribunal Supremo ha sido

⁶¹⁴ *Ibidem*, pp. 27-28.

⁶¹⁵ <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/04/02/joint-press-conference-president-obama-president-calderon-mexico-and-pri>. Acceso el 19/04/2017.

destituido y solo uno de ellos pasó por un proceso de destitución del que fue absuelto por el Senado; fue Samuel Chase en 1805, en un proceso alentado por el Presidente Thomas Jefferson debido a las tendencias políticas pro-federalistas de Samuel Chase, y en un caso que muchos historiadores ven como un precedente que ayudó a asegurar la independencia judicial y la estabilidad de los jueces del Tribunal Supremo.

La Constitución no da explícitamente al Tribunal Supremo el papel que tiene en la actualidad como defensor y último intérprete de su texto, ese papel comenzó con el caso *Marbury vs. Madison*, un caso que se ha convertido en una referencia en el papel del poder judicial para defender la Constitución validando la constitucionalidad de las leyes, por lo que vamos a resumirlo a continuación.

En las elecciones realizadas a finales de 1800 en Estados Unidos, el presidente John Adams y sus aliados federalistas fueron derrotados por la oposición republicana, con Thomas Jefferson como candidato a convertirse en el tercer presidente de los Estados Unidos, aunque su nombramiento no tendría lugar hasta el 4 de marzo de 1801, y perdiendo también la mayoría en el Congreso. Con el objetivo de mantener la influencia federal frente a la estatal en la sociedad a través del poder judicial, el 13 de febrero de 1801 el Congreso (todavía con mayoría federalista al no haberse hecho efectivo todavía el resultado de las elecciones) aprobó una ley que modificaba la organización del poder judicial federal, principalmente en dos temas: a) reducía el número de miembros del Tribunal Supremo de 6 a 5, con efecto en el momento de producirse alguna baja; b) creaba 16 nuevos cargos de juez federal. Con ello pretendía impedir que el nuevo gobierno nombrase nuevos miembros del Tribunal Supremo (cuyos mandatos eran vitalicios) y fortalecía el poder judicial a nivel federal frente al de los estados. Además, gracias a una nueva ley aprobada el 27 de febrero de 1801, el presidente saliente propuso 42 jueces de paz, cuyas nominaciones fueron confirmadas por el Senado el 3 de marzo, un día antes de la toma de posesión del nuevo Presidente Thomas Jefferson, por lo que el presidente saliente John Adams firmó sus nombramientos también el día 3 de marzo y encargó al todavía Secretario de Estado John Marshall su entrega a los nominados, pero este no consiguió entregar todas las nominaciones antes de la toma de posesión del nuevo Presidente al día siguiente, 4 de marzo de 1801.

Hay que destacar que John Adams era Secretario de Estado en el gobierno del Presidente John Adams desde el 13 de junio de 1800, sería destituido de ese puesto el 4 de marzo de 1801 con el cambio de gobierno, pero había sido nombrado también Presidente del Tribunal Supremo el 31 de enero de 1801, por lo que ocupó durante algo

más de un mes de forma simultanea el puesto de responsable máximo del poder judicial y de Secretario de Estado en el poder ejecutivo, algo que hoy en día sería considerado como totalmente incompatible desde el punto de vista de la separación de poderes, por no mencionar el hecho de que el gobierno saliente nombre a uno de sus miembros para presidir el poder judicial solo un mes antes del esperado cambio de gobierno.

Cuando Thomas Jefferson tomó posesión en el cargo pidió a su Secretario de Estado, James Madison, que no se realizara la investidura de aquellos jueces de paz que no hubieran recibido las nominaciones firmadas por el anterior presidente. Entre ellos estaba William Marbury, hombre de negocios y miembro del partido federalista, que inició un proceso judicial para que fuera reconocido su derecho al cargo, llevando el caso al Tribunal Supremo ya que este tenía competencias en este tipo de litigios según la ley de 1789 denominada *The Judiciary Act*.

Con esta decisión del Tribunal Supremo este fue más allá de si *W. Marbury* tenía o no derecho al cargo, afirmó su poder de ejercer el control de constitucionalidad negando la aplicación de leyes que, de acuerdo con su interpretación, fuesen anticonstitucionales. Esa es una competencia que la propia Constitución no confería de modo explícito al Tribunal Supremo o a cualquier otro órgano judicial, aunque esa posibilidad está incluida en el artículo 78 de *The Federalist Papers*, donde Alexander Hamilton explica su visión del poder judicial del nuevo estado federal bajo el seudónimo de *Publius*.

Según Luís Roberto Barroso⁶¹⁶, la sentencia establece en su primera parte que Marbury tenía derecho al cargo, pero en la segunda parte se dice que si no se le ha sido concedido todavía debería haber un remedio jurídico para esa solución: a) por una orden de cumplimiento (*writ of mandamus*); b) por las propias competencias del Tribunal Supremo. Respecto a la primera posibilidad llegó a la conclusión de que había dos tipos de actos del poder ejecutivo que no podían ser revisados por el poder judicial: a) los actos de naturaleza política; b) los que han sido atribuidos a su exclusiva competencia por la Constitución. Por lo tanto, todos los demás sí que podían ser controlados por el poder judicial, tanto en lo que respecta a su constitucionalidad como su legalidad.

En cuanto a las competencias del Tribunal Supremo, sentenció que la Ley Judicial de 1789 otorgaba al Tribunal Supremo una competencia que no figuraba entre las previstas en el artículo 3 de la Constitución, por lo que incurría en una inconstitucionalidad y llegaba a la conclusión de que la Constitución es la ley suprema,

⁶¹⁶ Luís Roberto Barroso (2006), op.cit., p. 7

de que toda ley contraria a la Constitución es nula y que el poder judicial es el intérprete final de la Constitución, ya que no lo pueden ser ni el legislativo ni el ejecutivo ya que les daría una omnipotencia práctica y real al ser también los productores de las leyes.

Con ello *Marbury* perdió el caso, el poder ejecutivo ganó, pero se estableció la competencia del poder judicial para revisar los actos del ejecutivo y legislativo a la luz de la Constitución, demarcando el poder del Tribunal Supremo y dando legitimidad al *judicial review*.

Probablemente en la actualidad el caso hubiera sido diferente, como también afirma Luis R. Barroso, en primer lugar Marshall había sido parte activa del proceso en su puesto de Secretario de Estado por lo que no parece la persona más adecuada para juzgarlo y debería haberse inhibido, además con su sentencia está demarcando la parcela de poder estatal del Tribunal Supremo que él preside, y que continuaría presidiendo hasta un total de 34 años, por lo que la sentencia claramente le beneficia de forma indirecta sin ser parte explícita en la causa. También podía haberse resuelto en un tribunal inferior alegando que si el demandante no tenía en sus manos la notificación del nombramiento para presentarlo como prueba este no se podía considerar válido por no haberse completado el proceso de adjudicación y comunicación del nombramiento.

De cualquier forma, este caso inauguró un control de constitucionalidad que ha llegado hasta nuestros días con el principio de la supremacía de la Constitución sobre todos los poderes, leyes y normas del estado, y la competencia del poder judicial (en sus dos vertientes de Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo) como su intérprete final, y mostrando a la Constitución como una defensa de los valores del Estado frente a la voluntad circunstancial de las mayorías legislativas⁶¹⁷.

5.4.1.1 Elección de los jueces en los Estados Unidos

Como hemos comentado, en los preliminares del caso *Marbury vs. Madison*, hay dos hechos que llaman poderosamente la atención: el nombramiento de un hombre de negocios como juez de paz y el de un Secretario de Estado como presidente del Tribunal Supremo, incluso con este último manteniendo ambos puestos durante algo más de un mes. ¿Es equivalente la forma de elección de los jueces entre los países que mantienen la separación de poderes como uno de los pilares del estado? ¿influye esa forma de elección

⁶¹⁷ Luís Roberto Barroso (2006), op.cit., p. 10

en el grado de activismo judicial y el *judicial review*? ¿cómo deberían ser elegidos en un sistema democrático?

Para Klaus Stüwe⁶¹⁸, para garantizar la efectividad de las cortes constitucionales en sistemas democráticos los jueces deben tener legitimación democrática, la influencia política unilateral en su elección debe ser minimizada lo máximo posible, el proceso de selección debe escoger a jueces altamente cualificados y, en los países organizados como una federación de estados, debe conseguirse una apropiada representación federal.

Todos estos criterios son difíciles de cumplir de forma simultánea, y en los sistemas democráticos es muy difícil conseguir una legitimación democrática sin la participación de los partidos políticos en el proceso debido al peso de las mayorías. Por ello siempre existe influencia política en el proceso de elección incluso reduciendo a un segundo plano las cualificaciones jurídicas de los candidatos, y el único objetivo realista en el proceso de elección se limita a cumplir los requerimientos mencionados anteriormente lo máximo posible.

En Estados Unidos el proceso de elección está brevemente recogido en la Constitución en su artículo 2, sección 2, donde dice que el presidente tendrá poder para nominar y, con el consejo y consentimiento del Senado, nombrar jueces del Tribunal Supremo. Desde que se fundó el Tribunal Supremo en 1789 hasta ahora (octubre de 2017) se han presentado un total de 162 nominaciones, de las cuales 125 fueron confirmadas y 7 declinaron la nominación.

Klaus Stüwe nos detalla que aunque el proceso de deliberación en el Senado en el siglo XIX llevaba en general solo unos días, en las últimas décadas se ha ido alargando, incluyendo una entrevista de los miembros del Comité Judicial del Senado al candidato, la consulta a entidades externas como la *American Bar Association*, entidad similar al Colegio de Abogados en España, y finalmente una reunión plenaria del Senado que es abierta al público y desde 1986 televisada, donde los senadores debaten sobre el candidato desde perspectivas muy diversas, como sus cualificaciones profesionales, sus aptitudes personales y sobre todo su filosofía jurídica, mostrada a través del histórico de causas judiciales en las que se ha visto involucrado y las decisiones que tomó en ellas. Tras el debate se llama a votación, y en general los candidatos son aprobados por una amplia mayoría. En muy pocos casos los candidatos son aprobados por un estrecho margen u

⁶¹⁸ *Constitutional Courts in Comparison, The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*. Ralf Rogowski, Thomas Gawron (Ed.), New York: Berghahn Books, 2016

obtienen un resultado en contra en la votación y son rechazados, de hecho, este último caso ha ocurrido solo en 12 ocasiones, siendo la última votación en la que el candidato fue rechazado en 1987 durante la presidencia de Ronald Reagan, aunque sí hubo desde entonces dos casos en los que la candidatura fue retirada antes de la votación ante la posibilidad de que el candidato fuera rechazado.

Una vez que el candidato ha sido aprobado se emite la denominada *resolución de confirmación* y se envía a la Casa Blanca, y entonces el presidente firma el documento de nombramiento, que usa el Departamento de Justicia para generar el certificado de nombramiento con la fecha de la firma del presidente y lo envía al nuevo juez del Tribunal Supremo. El nombramiento es vitalicio con la intención de fortalecer la independencia judicial, pues los jueces no necesitan basar sus decisiones en su deseo de ser reelegidos.

En el caso de jueces estatales, no obstante, cada uno de los Estados tiene su propio sistema de designación de los jueces, y cerca del 90 por ciento de los jueces deben enfrentarse a algún proceso de elección popular, para acceder al cargo o para mantenerse en el cargo y ser reelegidos. Y aquí trataremos de uno de los temas de destaque el sistema estadounidense: la *judicial accountability*, o sea, una forma de exigir la responsabilidad de los jueces ante el cuerpo electoral. De acuerdo con Rosario Cristóbal, «en la concepción estadounidense los jueces aplican la ley interpretándola y si al hacerlo desoyen la voluntad del pueblo, han de ser responsables ante el mismo. Es decir, han de cesar en su cargo, no deben ser reelegidos»⁶¹⁹. En este sentido, queda claro el valor que es dado en el sistema judicial americano respeto al deseo de la ciudadanía. Obviamente, la idea no es, ni podría serlo, macular la independencia de juez y determinar que su actuación sea orientada por la opinión pública, sino más bien llevarla en consideración en sus argumentos, aunque su decisión final resulte contraria a este deseo de la ciudadanía, pero que ella sepa que no fue ignorada. Cuando defendemos aquí la necesidad de escuchar al poder ciudadano informal no se trata de reducir la independencia judicial, ni mucho menos crear una dependencia de las demandas populares para decidir coherentemente a ellas, sino que es importante que el poder judicial las escuche, las considere y las utilice en su argumentación. Así enriquece el debate en la sociedad y demuestra que no está apartado de ella.

⁶¹⁹ Rosario Serra Cristóbal. *La selección de jueces en Estados Unidos*. Navarra: Thomson Reuters (legal), Editorial Aranzadi, 2011, pp. 19-20.

5.5 REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

5.5.1 *El Constitucionalismo en Alemania*

Inicialmente, entiendo que no tiene mucho sentido trazar una historia constitucional de Alemania en relación con la problemática del activismo judicial, en los mismos moldes que hicimos con Brasil, porque esto nos llevaría a momentos y procesos tan complejos como la función del Tribunal Constitucional en la República de Weimar; toda la cuestión de defensa constitucional de Canciller y del Gobierno de Reich en relación con lo que se ha llamado el golpe de estado de Prusia; la defensa del gobierno federal de Prusia frente al gobierno federal tal y como lo llevaron adelante Carl Schmitt, Kelsen y Hermann Heller. Todo eso significaría verdaderamente la elaboración de un libro. Parto, por lo tanto, de la Constitución actual de Alemania y la función en ella del Tribunal Constitucional y todas las cuestiones derivadas de la defensa de la Constitución, haciendo uso de los antecedentes históricos en la medida que sea necesario para la comprensión del sistema jurídico del presente. En este sentido, indico que una de las razones fundamentales del activismo de los jueces en la República Federal de Alemania es el necesario ajuste entre la legislación constitucional y la legislación europea y que, naturalmente, tendré en cuenta los casos que han sido provocados por la decisión de apelar contra determinadas resoluciones del Banco Central Europeo.

El activismo judicial en la sociedad alemana se concentra, fundamentalmente, en los jueces de la Corte Constitucional Federal, que interviene no solo en casos que implican quejas sobre los derechos fundamentales sino que también estudia asuntos relacionados con temas tan variados como la revisión de la constitucional de las leyes, el escrutinio de resultados electorales, la prohibición de partidos políticos, disputas constitucionales entre órganos federales o entre la federación y los *Länder*, acusaciones y procesos de destitución contra jueces o el presidente federal, revisión de leyes internacionales y otros asuntos.

Recientemente se ha iniciado un caso de revisión de la constitucionalidad de un programa del Banco Central Europeo, BCE, preguntando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la legalidad del programa de compra de deuda desde el BCE (*Public Sector Purchase Programme* – PSPP), alegando incompatibilidad con la Constitución

alemana, violación de la prohibición de financiar a los Estados miembro, así como un exceso respecto al mandato de la política monetaria del Banco Central Europeo. En lugar de emitir una sentencia nacional y definitiva, opta por requerir una decisión del Tribunal de Justicia Europeo. Esto es un ejemplo de como la Unión Europea abre espacio para el activismo judicial con el objetivo de concretar el derecho fundamental previsto en la Constitución, en el caso, la alemana. En 2014, el Tribunal Constitucional de Alemania ya había planteado esa cuestión de la legalidad del programa anunciado por el presidente del Banco Central Europeo, Mario Draghi, en el verano de 2012 (*Outright Monetary Transactions* – OMT)⁶²⁰. El dictamen, del abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Pedro Cruz Villalón⁶²¹, fue en el sentido de la legalidad del programa de compra de deuda pública anunciado por el BCE, precisando que el plan debería cumplir una serie de condiciones que respetasen la legislación comunitaria.

Al menos en una primera aproximación, no cabe duda de que la actitud de la Corte Constitucional Federal contra las decisiones del Banco Central tiene como finalidad y justificación última el hecho de que de este modo se defiende la estabilidad financiera alemana frente a los beneficios que el programa pueda traer a otros países de la Unión Europea. Eso es un derecho fundamental para la sociedad alemana. Nótese aquí la importancia de saber lo que cada sociedad entiende como derecho fundamental, porque eso tiene influencia en el tema del activismo judicial, ya que el activismo parte siempre de la interpretación que tiene el propio pueblo de sus derechos fundamentales. La noción de dignidad humana siempre es autointerpretada por la población y define las pautas de la legitimidad de su dispositivo constitucional. Y resta a los jueces escuchar, reconocer esa interpretación y canalizarla legalmente.

Reconocida la necesidad de escuchar las demandas populares, la necesidad de contaminarse de sociedad para realizar bien su papel, el poder judicial debe percibir la diferencia entre ser parte del poder del Estado y, por lo tanto, prestador de un servicio público de rasgo político y social, o ser un mero gestor burócrata. Es decir, al analizar la comprensión que tienen los jueces de su propio trabajo dentro del entramado de la división de poderes, es importante saber si se colocan como una rama de la administración y, en este caso, serían parte del funcionariado; o como un poder del Estado en el sentido

⁶²⁰ El Tribunal Constitucional Federal Alemán se ha dirigido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en los términos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para cuestionar la legalidad del programa OMT y plantear una cuestión prejudicial.

⁶²¹ Véase <http://curia.europa.eu/>. Conclusiones del abogado general Pedro Cruz Villalón, presentadas el 14 de enero de 2015.

de que comparten la legitimidad democrática de los poderes que emanan del pueblo. En Alemania hay una clara inclinación de ver la justicia como parte del funcionariado y no como parte de los poderes, porque siempre se ha visto como un órgano del estado, pero un órgano del estado de derecho y no un órgano del estado social y democrático de derecho. Por tanto, no se ven como un poder público, ni se ven que tengan relación con la estructura democrática del país. De la misma manera que la interpretación que se hace de los derechos fundamentales tiene influencia en el activismo judicial, verse como un poder público es una perspectiva básica dentro del activismo judicial.

Como hemos dicho anteriormente, el constitucionalismo y, sobretudo, el neoconstitucionalismo también son perspectivas básicas para la existencia del activismo judicial. Por eso, es importante señalar aquí un momento particular de la historia del constitucionalismo – la polémica *Schmitt vs. Kelsen* - que ocurre tras la Primera Guerra Mundial, cuando los países europeos pasan a ver de forma diferente la Constitución y su manera de concebir los derechos y las garantías fundamentales. Es sabido que la premisa en el momento que se redacta una Constitución es que no irá a ser modificada porque «está llamada a acompañar el completo ciclo vital que marca el desarrollo político de un pueblo». Ahora bien, hay dos propósitos que deben convivir de forma armónica e intentan hacerlo a través de la rigidez constitucional. De un lado, las garantías de cumplimiento de la norma constitucional y, del otro, «la vocación de perdurabilidad de la estructura existencial de la Constitución»⁶²². Sin embargo, no se puede hablar de perdurabilidad si no hay cambios en la manera de mirarla, en la forma de afrontar los problemas, pues las transformaciones sociales exigen nuevas respuestas. De ahí el surgimiento del neoconstitucionalismo, del activismo judicial, etc., que aparecen para posibilitar ese necesario cambio de actitud de las instituciones públicas como es poder judicial. Es evidente que los derechos fundamentales son mandatos constitucionales, que deben ser respetados, protegidos y cumplidos. Es decir, el texto constitucional no puede ser mera promesa, debe ser experimentado en la práctica, en la vida de las personas. A propósito de cumplimiento de la norma constitucional y las innovaciones en el Derecho Constitucional alemán debido a las decisiones proferidas por el Tribunal Constitucional

⁶²² Schmitt, Carl y Kelsen, Hans. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Trad. de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 2009, p. XVII.

Federal Alemán, resulta importante mencionar la sentencia del caso Lüth⁶²³, que ya fue tratada anteriormente. Recordemos que en el caso Lüth, el Tribunal Constitucional Federal Alemán aplicó el artículo 5 de la Ley Fundamental, como garantía de la libertad de expresión, para derogar una sentencia judicial que un tribunal alemán había emitido contra Erich Lüth, entonces director de la oficina de prensa nacional en Hamburgo, que hizo campaña para el boicot de una película hecha por un director que anteriormente realizó películas de propaganda durante el régimen nazi. Esta sentencia ha contribuido de forma esencial para la construcción de la idea de la *fuerza vinculante de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico*. En este caso fue citada la famosa declaración del Juez Benjamin Cardozo, de la Suprema Corte Americana, sobre la libertad de expresión como siendo «la matriz, la condición indispensable de *casi cualquier otra forma de libertad*»⁶²⁴ y, además, hubo mención al artículo 11 de la Declaración de los derechos humanos y del ciudadano de 1789, que prevé que «la libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre; por consiguiente, cualquier ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley». Esta sentencia ha constitucionalizado el ordenamiento jurídico alemán, y además, ha contribuido a la «interpretación de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, que en la mayor parte de los casos requieren ser complementados mediante juicios de valor»⁶²⁵.

⁶²³ BVerfGE 7, 198 ss. Trató de la libertad de expresión de Erich Lüth, que llamó públicamente al boicot de la película *Die unterbliche Geliebte*, del director Veit Harlan, que dirigió *Jud Süß*, una película utilizada como propaganda antisemita durante el régimen nazi. El tribunal decidió a favor de Lüth, por la primacía de la libertad de expresión.

⁶²⁴ BVerfG 7, 198, 208 (cita del Juez Benjamin Cardozo de la Corte Suprema Americana, en el caso *Palko vs. Connecticut*, 302 U.S. 319, 327 (1937)).

⁶²⁵ Wolfgang Hoffmann-Riem. “Innovaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. A propósito de la garantía de los derechos fundamentales en respuesta a los cambios que conducen a la sociedad de la información”. *En Nuevas tendencias en la interpretación de los Derechos Fundamentales*. Vicente Gimeno Sendra y María Teresa Regueiro García (Coords.). Madrid: Editorial Universitas, S.A, 2015, pp. 62-63.

5.5.2 Sistema jurídico alemán y la Unión Europea

La Corte Constitucional Federal tiene asegurado el papel de ser el organismo encargado de la revisión judicial desde el punto de vista constitucional por la propia Ley Fundamental, lo que se traduce en el control de las leyes de ámbito federal y de otros actos legislativos, e incluso puede interpretar generosamente sus propias competencias hasta el punto de declararse a sí misma competente en lo relativo a cualquier acto federal o estatal que pueda potencialmente violar los derechos fundamentales y ha sido obligada a decidir en casos muy politizados.

En el sistema de constitucionalidad alemán está autorizada la declaración de nulidad diferida de normas consideradas inconstitucionales. Sin embargo, ante la primacía del Derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la Sentencia *Winner Wetten* (2010)⁶²⁶ estableció que esa habilitación legal del Tribunal Constitucional Federal alemán de declarar la nulidad aplazada de las normas consideradas inconstitucionales y autorizar al legislador para que modifique la referida legislación y corrija los aspectos considerados inconstitucionales en un plazo de tiempo determinado, no puede ser utilizado para retrasar o evitar la aplicación de forma inmediata de las normas incompatibles con el Derecho comunitario. Además, en varias sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, queda claro que la aplicación del Derecho de la Unión Europea implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta⁶²⁷. Es decir, siempre se aplica la Carta y los Derechos allí garantizados no pueden ser nunca desplazados ni postergados.

Nótese que la Carta y los derechos fundamentales tutelados por el Derecho de la Unión Europea proporcionan una especie de «estándar mínimo de protección»⁶²⁸. En este sentido, el Tribunal Constitucional alemán, en la sentencia *Solange II*, ha señalado que si el Derecho comunitario garantiza de forma general una protección equivalente a aquella prevista en el ordenamiento constitucional alemán, se produciría la renuncia del Tribunal

⁶²⁶ Véase Sentencia *Winner Wetten*, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Case C-409/06. Juicio del 8 de septiembre de 2010., p. I-8015.

⁶²⁷ Véase Sentencia *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson*. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, C-617/10, p. 105, apdo. 21.

⁶²⁸ Xavier Arzoz Santisteban. *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, p. 37. *Apud* M. Borowsky, «Artikel 53», en Meyer, J. (dir). *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3ª. Ed. Nomos/Helbing Lichtenhahn/facultas-wuv, Baden-Baden/Basilea/Viena, 2011, p. 712.

Constitucional Federal alemán a la revisión del cumplimiento de los derechos fundamentales contenidos en la constitución alemana en los actos del ordenamiento comunitario. En dicha sentencia fue declarado exactamente lo siguiente: «a la vista de esta evolución hay que declarar que, en tanto que las Comunidades Europeas, en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, que ha de considerarse equivalente en lo esencial a la protección de los derechos fundamentales incondicionalmente ofrecida por la Ley Fundamental, toda vez que garantiza con carácter general el contenido esencial de los derechos fundamentales, el *Bundesverfassungsgericht* no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho comunitario derivado que se alegue como fundamento de una conducta de los órganos jurisdiccionales o de las autoridades en el ámbito de soberanía de la República Federal de Alemania, y en consecuencia no revisará dicho Derecho derivado a la luz de los derechos de la Ley Fundamental»⁶²⁹.

5.5.2.1 *Acceso a la Corte Constitucional Federal*

El acceso a la Corte Constitucional Federal alemana depende del campo de actividad del que se trate. La Ley Fundamental menciona los asuntos que pueden llegar a ser discutidos en la Corte: a) las disputas entre los más altos órganos del estado; b) disputas entre la República Federal y los estados o entre ellos; c) disputas electorales; d) controversias que conciernan a una posible violación de la constitución, incluyendo privación de los derechos fundamentales; e) prohibición de partidos políticos; f) la impugnación del presidente de la República o de jueces.

Para Werner Heun⁶³⁰, cada uno de estos tipos de asuntos determinan el criterio para el acceso a la Corte, su control y regulación de acceso y la movilización de esta para su discusión, implicando generalmente tres áreas de actividad. Primero la Corte se pronuncia sobre asuntos relativos a las disputas constitucionales en sentido estricto y disputas desde el punto de vista de la protección de la Constitución; también se realiza una revisión judicial, que puede ser como revisión de norma abstracta o concreta, como

⁶²⁹ Sentencia del Bundesverfassungsgericht alemán (STCFA) Solange II, de 22 de octubre de 1986. BverfGE, 2 BvR 197/83.

⁶³⁰ *Op. cit.*, (Access to the German Federal Constitutional Court), p. 62.

revisión de la legislación internacional, una revisión de un proceso enviado por una corte constitucional estatal, una queja constitucional iniciada por un ayuntamiento y finalmente la Corte escucha las quejas de individuos relativas a la omisión de derechos fundamentales. Esas tres áreas de actividad no están totalmente separadas, sino que a menudo se solapan, aunque el acceso a la Corte clasifica los procesos agrupándolos según esas áreas de actividad.

El proceso de admisión de un asunto es un filtro más o menos permeable, dependiendo del tipo de proceso. En el caso de disputas constitucionales en sentido estricto y procedimientos para proteger la Constitución las barreras son pequeñas, pudiendo llegar sin necesidad de pasar por otro organismo judicial previo. El caso de revisiones judiciales es distinto, ya que la Corte es responsable de las decisiones relativas a la validez de las normas desde el punto de vista constitucional, pero la facilidad de acceso depende del origen de la petición, de forma que existen numerosas posibilidades de acceder a la Corte Constitucional Federal sin intermediarios para las altas instancias del estado, pero los ciudadanos individuales necesitan activar una petición de inconstitucionalidad contra una decisión judicial, una medida destinada a evitar la saturación de la Corte. Los tribunales pueden enviar disputas, pero debe ser clara la relevancia y, sobre todo, la convicción de la existencia del problema de inconstitucionalidad. No es suficiente una mera sospecha. Y, finalmente, en el caso de quejas constitucionales, es necesario que se hayan usado todos los procedimientos legales disponibles antes de llegar a la Corte, con la idea de que si el problema puede ser solucionado en otra instancia, la Corte Constitucional Federal no debería involucrarse para evitar su saturación, y en cualquier caso el tratamiento del caso por la Corte depende expresamente de que esta lo admita por su importancia constitucional en general o por ser necesario para la protección de un derecho fundamental.

Ese deseo de evitar la saturación de la Corte Constitucional Federal ya se expresa en la Ley Fundamental cuando en su artículo 54, tratando sobre la Corte, menciona que «una ley federal regulará su organización y procedimiento determinando los casos en los cuales sus decisiones tienen fuerza de ley. Dicha ley podrá establecer como condición de los recursos de amparo el agotamiento previo de la vía judicial y establecer un procedimiento especial de admisión».

Este procedimiento de admisión tiene la capacidad de declinar la aceptación de una queja constitucional si se espera que no será aceptada, o simplemente por no haber abonado las tasas correspondientes.

A pesar de los filtros para no saturar la Corte, su carga de trabajo es alta. Según las estadísticas contenidas en el informe anual de estadísticas de 2016⁶³¹ el número de nuevos procesos registrados se sitúa en aproximadamente 8.800, aunque el número de procesos sobre los que se alcanza una decisión es mayor, por lo que en 2016 se logró reducir el número de procesos pendientes de 3.600 a 3.200, a pesar del alto número de grandes procesos que requieren un gran tiempo de preparación, como los relativos a la prohibición del Partido Nacional Democrático, o la ley relativa a la Policía Criminal Federal. En ese mismo informe hace referencia a otros casos de gran trascendencia que en esas fechas estaban pendientes de veredicto, como los de suicidio asistido, o el acuerdo comercial CETA entre la Unión Europea y Canadá, que finalmente tuvo la aprobación de la Corte alemana en octubre de 2016.

5.5.2.2 *La elección de los jueces en la República Federal de Alemania*

En la República Federal de Alemania los jueces de la Corte Constitucional Federal son elegidos por el poder legislativo, siguiendo el Artículo 94 de su Ley Fundamental que dice que los miembros de la Corte Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el *Bundestag* y por el *Bundesrat*, sin que puedan pertenecer ni al *Bundestag* ni al *Bundesrat* ni al Gobierno Federal ni a los órganos correspondientes de un *Land*. Sin embargo, la Ley Fundamental no entra en muchos más detalles, dejando la operativa del proceso a lo que se legisle con una ley federal. Dado que la Corte Constitucional alemana está formada por dos senados con ocho miembros cada uno, cuatro de ellos son elegidos por el *Bundestag* y cuatro por el *Bundesrat*, y la responsabilidad para elegir al presidente y vicepresidente, que presiden ambos senados, se alterna entre el *Bundestag* y el *Bundesrat*.

Hasta 2015 el procedimiento de elección era diferente entre las dos cámaras. El *Bundesrat* elegía los jueces directamente durante las sesiones plenarias, mientras que el *Bundestag* seguía un procedimiento que incluía un comité específicamente diseñado para ese propósito, compuesto por doce delegados elegidos por el *Bundestag*

⁶³¹ *Federal Constitutional Court, Annual Statistics 2016*. Disponible en http://www.bundesverfassungsgericht.de/EN/Verfahren/Jahresstatistiken/2016/statistik_2016_node.html, acceso el 3 de octubre de 2017.

proporcionalmente a la representación parlamentaria. Solo los grupos parlamentarios pueden enviar listas de candidatos al comité.

Para Klaus Stüwe⁶³², este mecanismo de elección indirecta mediante un comité está asociado a varios motivos: a) evitar debates públicos con los candidatos, reforzado por la obligación de mantener la confidencialidad dentro del comité; b) evitar que la evaluación de las características profesionales y personales de los candidatos se convierta en un debate político entre partidos; c) trabajar de una forma más objetiva en un comité que en las multitudinarias sesiones plenarias.

La elección de los jueces debe estar aprobada por una mayoría de dos tercios, lo que favorece la necesidad de que los grupos políticos que puedan sumar juntos ese porcentaje se pongan de acuerdo en el candidato antes de la votación, dejando a un lado momentáneamente sus programas e ideologías, y haciendo que los candidatos presentados a las cámaras ya estén previamente consensuados, por lo que la votación es un mero trámite que tradicionalmente ocurre sin disputas.

Por otro lado, esa forma de nominar a los candidatos a jueces del Tribunal Constitucional hace que los dos grandes partidos políticos, SPD y CDU/CSU, tengan el protagonismo a la hora de proponer candidatos.

Por último, es importante mencionar la cuestión de los mecanismos de democracia directa en Alemania. Aunque no se utilizan a nivel federal, sí que lo hacen en las entidades regionales (Länder), siendo cierto que Alemania se caracteriza por un «importante tejido organizativo»⁶³³, por su «cultura popular y un compromiso con lo público»⁶³⁴. A mi modo de ver, eso facilita el proceso de interacción entre el poder judicial y el poder ciudadano informal como mecanismo de escucha de las demandas de la sociedad y su desarrollo.

⁶³² Schmitt, Carl y Kelsen, Hans, *Op. cit.*

⁶³³ Isabel Báez Lechuga. *Análisis jurídico-político de la Iniciativa Ciudadana Europea en el contexto de un equilibrio institucional complejo: posibles efectos dinamizadores de la democracia a partir de la introducción de la iniciativa ciudadana en la Unión Europea*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016, p. 85.

⁶³⁴ *Idem.*

CAPÍTULO 6 EL ACTIVISMO JUDICIAL, SUS SOCIEDADES Y EL FUTURO: POSIBLE EVOLUCIÓN Y NUEVAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

6.1 ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS DATOS

Hemos ido recogiendo datos, desarrollando la investigación que llevamos a cabo en torno a la importancia de la racionalización material y la contribución del activismo judicial en la realización de los derechos y garantías fundamentales reconocidos constitucionalmente. Ahora no me ocuparé de examinar todos los asuntos discutidos hasta el momento, sino solamente aquellos que conciernen al propósito central desarrollado en esta tesis, que, resumidamente, tienen como objetivo demostrar como el activismo judicial debe ser considerado una herramienta fundamental para el poder judicial en la búsqueda de la justicia material. Es decir, como en un estado de derecho, cuyos poderes son representativos, los jueces y tribunales pueden (y deben) adoptar esa postura proactiva, de forma legítima, con el objetivo de ir más allá y concretar las promesas constitucionales, sin que eso implique usurpación de poder, ni violación de la necesaria transparencia y argumentación de su decisión, y ni mucho menos liberar a los jueces de su responsabilidad y de rendir cuentas ante la sociedad.

Del análisis de los datos expuestos anteriormente es posible extraer la información de que el fenómeno de la expansión judicial fue detectado en todos los países como resultado de una mezcla de factores, sobre todo por la llegada del nuevo constitucionalismo, como ha desarrollado Ran Hirschl en su libro⁶³⁵, y por la crisis del estado social y la inercia o impotencia de los poderes ejecutivos y legislativos para solucionar los problemas políticos y sociales, sobre todo aquellos que conciernen a la estructura económica capitalista. Y por eso mismo hubo una especie de transformación del poder judicial que pasó a ser visto no solo como guardián de la constitución, como protector de los derechos individuales, sino también como el «garantizador de los

⁶³⁵ Ran Hirschl. *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. England: Harvard University Press, 2007.

derechos sociales y colectivos»⁶³⁶, como puede ser el derecho ambiental, derechos humanos, derechos económicos fundamentales, etc. asumiendo así nuevos roles. Eso se ha dado en todos los países analizados, aunque más en unos -Brasil, por ejemplo- que en otros.

Como bien apunta Roberto Gargarella, Pilar Domingo y Theunis Roux, estas tendencias en el litigio por los derechos sociales y el activismo judicial progresivo nos hablan de tres fenómenos relacionados, que funcionan como causa y efecto. «En primer lugar, existe una creciente presencia de la noción de desarrollo basado en los derechos como base normativa tanto para los proyectos políticos de democracia como para los modelos socialmente justos de crecimiento económico. En segundo lugar, también sugiere una especie de descubrimiento del derecho de los canales legales por parte de los ciudadanos que son más conscientes y exigentes sobre sus derechos, y con las expectativas cambiantes sobre lo que se puede lograr a través de estrategias de movilización legal. En tercer lugar, puede estar surgiendo una redefinición del papel de los tribunales en las políticas democráticas modernas, que se manifiesta de manera general en diferentes formas de judicialización del conflicto político y social»⁶³⁷. *Por lo tanto, queda claro que el activismo judicial y escuchar al poder ciudadano, de alguna manera, promueve la democracia y el desarrollo de la sociedad, a través de los cambios sociales y jurídicos que produce. Y como nos dice Antonie Garapon, el juez, en una democracia, no puede ser esa «boca de ley», de la que nos habló Montesquieu, sino más bien debe ser un «guardián de promesas»⁶³⁸, de las promesas hechas por la sociedad a través de las leyes para que les pueda dar efectividad y concreción, es decir, no serían simples «decidores del derecho», sino «celadores de su cumplimiento»⁶³⁹.*

Entendemos que hubo varias razones para esta expansión judicial, y además de las que mencionamos anteriormente podemos citar también los fenómenos aquí tratados: activismo judicial, judicialización de la política y politización de la justicia. *Tanto la judicialización de la política (una parte de ella), como la politización de la justicia son*

⁶³⁶ Véase en Rogério B. Arantes. *Constitutionalism, the expansion of the Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In the Judicialization of Politics in Latin America*. Rachel Sieder, Line Schjolden and Alan Angell (editors). England: Palgrave Macmillan, 2005, p. 244.

⁶³⁷ Roberto Gargarella, Pilar Domingo and Theunis Roux. *Courts, Rights and Social Transformation: Concluding Reflections. In "Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?"* Hampshire: Ashgate, 2006, pp. 269-270.

⁶³⁸ Antonie Garapon. *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*. Traducido del francés por Manuel Escrivá de Romani. Título original: *Le Gardien des Promesses. Justice et démocratie*. París: Etions Dile Jacob, 1996. Madrid: Flor del Viento Ediciones, 1997, p. 9.

⁶³⁹ José Juan Toharia. Prólogo de la *Op. cit.*, de Antonie Garapon, p. 9.

síntomas de patologías. Sin embargo, el activismo judicial, de la manera que hemos expuesto aquí, es sinónimo de salud pública. La politización de la justicia suele ser síntoma de una sociedad poco transparente, poco democrática, poco social y, por lo tanto, suele ser síntoma de un estado de derecho poco social y poco democrático, sobre todo en aspectos de democracia económica vinculada de forma central al problema de la justicia y la igualdad. Y, en cierto modo, sugiere la necesidad que tiene la propia sociedad oligárquica de tener sus protectores en el campo de la justicia. Por tanto, significa una proyección de intereses determinados en la judicatura, tanto de los representantes políticos como de los órganos económicos. La judicialización de la política, en general, es síntoma de un sistema político deficitario en su capacidad de ejercer la responsabilidad política propiamente dicha o es síntoma de un sistema político que no está en condiciones de resolver conflictos internos, sino que los produce o alimenta hasta el punto de que el sistema político ya no puede resolverlos y tiene que encargar a la justicia que los resuelva. Por lo tanto, ambos pueden ser síntomas de que no funciona bien el sistema de representación política o el sistema de representación económica.

De esta forma, ninguno de ellos refleja una sociedad bien construida, una *res publica* o una sociedad civil bien constituida, mientras que el activismo judicial lo que supone es una *intervención para la restauración de la salud pública en el sentido de que escucha y dialoga sobre la base de las promesas implícitas en la Constitución. El fin se relaciona con la sociedad civil como estructura deliberativa, de interpretación de necesidades básicas sociales.* Por tanto, puede entregar a esta sociedad argumentos para cohesionarse; puede ser pedagogo en relación con ella, pero al mismo tiempo está en condiciones de trasladar estos argumentos a los poderes ejecutivo o legislativo, exigiendo políticas ejecutivas o legislativas que creen un canal de comunicación con la opinión pública que refleje las demandas de la sociedad civil. Por lo tanto, en nuestro modo de entender el activismo judicial, es un síntoma de sociedad bien constituida. Hemos puesto énfasis en nuestra investigación en el fenómeno del activismo judicial, porque entendemos que el argumento a favor del activismo judicial presupone que sea la herramienta adecuada para dar respuesta a esta nueva función que la sociedad exige del poder judicial, de la *racionalización material del derecho, de la coherencia entre las promesas materiales de la Constitución y los derechos efectivos y positivados en la legislación, fomentando esta relación de cercanía con la sociedad.* No imagino como su contrapunto –*la autocontención*– podría dar respuesta a este nuevo rol que se exige del poder judicial como guardián de las promesas constitucionales. Ahora bien, somos

conscientes de que hay muchos problemas a afrontar en la cuestión del activismo judicial, empezando por su propia definición para evitar confusiones. Además, somos conscientes de que la autocontención debe ser utilizada también como herramienta, siempre y cuando no exista violación de los derechos fundamentales o derechos humanos o riesgo de la preservación de las instituciones democráticas.

Partiendo del enfoque de su concepto político, el activismo judicial tiene que ver con la disposición del juez, con su actitud frente a una demanda y con su idea de cuál es su papel en el cumplimiento de los derechos fundamentales y las promesas constitucionales. De esta manera, el activismo judicial, que estamos tratando en esta investigación, no puede ni debe referirse a fallos judiciales, donde puede haber sospechas de que se basen en opiniones personales o en preferencias políticas, sino a leyes existentes y su interpretación «fidel». No tiene ni debe tener esa connotación peyorativa.

El activismo judicial es un síntoma de aquello que el republicanismo busca por encima de cualquier otra finalidad, que es la salud democrática. Una salud democrática que es inseparable de la división de poderes. El activismo tiene un papel fundamental en la concreción y protección de los derechos fundamentales individuales y colectivos; como una aproximación entre el poder judicial y la sociedad, permitiendo la existencia de un sistema abierto, en el sentido de poder escuchar las demandas de la sociedad y tomarlas en consideración en sus argumentaciones y, por eso, tiene su marca en la fortaleza de la democracia en sí misma. Eso supone la idea de que el juez, siendo parte de la sociedad e integrante del poder judicial, tiene un papel social que cumplir, que es la búsqueda de la justicia material en la protección de los derechos fundamentales cuando de otro modo estos serían violados. La interacción entre el poder judicial y sociedad debe ser dinámica, abierta y cercana.

Nótese que no es el activismo judicial lo que puede conducir a una judicialización de la política cuando la legislación y la implementación de políticas se desplazan de los poderes ejecutivo y legislativo hacia al poder judicial⁶⁴⁰. Ese movimiento es anterior al activismo judicial e independiente de él. Por eso definiendo que son dos fenómenos distintos. A mi modo de ver, la judicialización de la política se da con la transferencia de asuntos que deberían ser solucionados a través de la política al poder judicial, sin que este poder haga cualquier movimiento para que eso ocurra. Y la politización de la justicia, en

⁶⁴⁰ Rachel Sieder, Line Schjoelden and Alan Angell (editors). *The Judicialization of Politics in Latin America*. England: Palgrave Macmillan, 2005, pp. 5-6.

su mayor extensión, ocurre con los intentos directos de politizar el poder judicial por los partidos políticos mayoritarios, como sería con la designación de los miembros del Tribunal Constitucional, por ejemplo.

Siendo los tribunales instituciones reactivas, los asuntos políticos llegan a su consideración a través de las demandas judiciales, es decir, algún actor político externo inicia el procedimiento judicial. Esto no sucede en el activismo judicial, que se ejerce desde casos que afectan a ciudadanos normales y en sentencias normales. Entonces le cabe al juez ser consciente de su papel de servicio público y solucionar el caso a través de la racionalización material del Derecho y buscando siempre una mayor cercanía a la sociedad, en el sentido de oír y considerar con razonamientos sus demandas. En este punto, es muy importante verificar la mentalidad y los hábitos judiciales de cada país. *¿Cuál es la comprensión que tienen los jueces de su propio trabajo dentro del entramado de la división de poderes? ¿Se ven como una rama más de la administración o una rama más de los poderes?* Una cosa es verse como una rama de la administración, en sentido de verse como burócratas de una administración, como un técnico de la administración de justicia, que, por lo tanto, interioriza el hábito de la burocracia, que es un hábito de jerarquía, mecánico, un hábito de pasividad, un hábito de respetar los límites de tu competencia; en definitiva, el hecho de verse como funcionariado; otra cosa, bien diferente, es ver la justicia como poder público, que en último extremo reside en el pueblo. Al verse como poder público y como servicio público, de alguna manera, es consciente de los efectos de sus decisiones que deben ser materiales, efectivos y no meramente simbólicos. Hemos visto que en Alemania y España esa figura del juez como burócrata es más predominante que en Brasil y en Estados Unidos.

Además, otro punto relevante que distingue España de los otros países que aquí tratamos es la figura del juez instructor, ya que como bien dice el catedrático Dr. José Juan Toharia (*ver anexos*), la investigación de los casos la llevan los jueces y no los fiscales y, además, los fiscales en España no tienen que ser independientes ya que están en una estructura jerárquica administrativa⁶⁴¹. Y eso seguramente repercute en el activismo de una forma general, ya que, en Brasil, por ejemplo, uno de los motivos que justifican su ascenso en la carrera profesional es precisamente el protagonismo y la independencia de la Fiscalía.

⁶⁴¹ Sobre esta no independencia véase https://www.eldiario.es/contrapoder/independencia_de_la_Fiscalia-Estado_de_derecho_6_223687641.html. Acceso el 01/03/2018, a las 14h.

Como bien ha dicho Pierre Bourdieu, «las leyes y las decisiones judiciales generan no solo transformación social cuando inducen cambios en la conducta de los grupos e individuos directamente involucrados en el caso, sino también cuando producen transformaciones indirectas en las relaciones sociales o cuando alteran las percepciones de los actores sociales y legitiman la visión del mundo de los litigantes»⁶⁴². Los efectos de las decisiones judiciales pueden ser directos o indirectos y materiales o simbólicos, de acuerdo con César Rodríguez-Garavito y Diana Rodríguez-Franco. Un efecto material y directo sería el diseño de la propia política pública, según haya sido determinado el fallo judicial. El efecto material e indirecto sería la formación de coaliciones de activistas para influir en el tema que está siendo objeto de consideración. Como efecto simbólico y directo, los autores apuntan la definición y percepción del problema como una violación de los derechos y, por fin, como simbólico e indirecto promueven la transformación de la opinión pública acerca de la urgencia y la gravedad del problema⁶⁴³. Es decir, *los jueces se reconocen como actores políticos que son y tienen consciencia de que sus decisiones transforman a la sociedad y permiten su desarrollo*. A mi modo de entender, *el activismo judicial enfatiza la categoría de servicio público de la Justicia* porque parte de la idea de que este carácter prestacional debe implantarse de forma efectiva y eficiente. Sin embargo, no pierde de vista su categoría de función del Estado y, por eso, necesita de la cooperación de los otros poderes para así poder garantizarla.

Los casos que hemos traído a colación a lo largo de esta investigación permitieron explorar las dinámicas de conflictos que existen en la esfera judicial concernientes a los temas del activismo judicial, derecho y política, y llegar a una primera conclusión: Es ingenuo creer que «la aplicación de las leyes puede quedar desprovista de todo matiz creativo»⁶⁴⁴ por parte de los jueces. Se trata, obviamente, de una labor de concreción de las leyes generales y abstractas y, por lo tanto, una labor creativa. Y a aquellos que defienden que no es conveniente que los ordenamientos jurídicos remitan a principios y valores, pues eso daría mucho poder a los jueces y les transferiría un poder que corresponde al legislador, que por eso se debe prescindir de los principios y valores,

⁶⁴² Pierre Bourdieu. *The Force of Law: Toward a Sociology of Juridical Field*. *The Hastings Law Journal*. Vol. 38. Jul/1987, pp. 814-853. <http://derechoycambiosocial.pbworks.com/f/bourdieu%5B1%5D.pdf>. Acceso el 14/10/2017.

⁶⁴³ César Rodríguez- Garavito y Diana Rodríguez-Franco. *Radical Reprivation on trial. The impact of judicial activism on Socioeconomic Rights in the Global South*. Cambridge University Press, 2015, pp. 19-20.

⁶⁴⁴ Santiago Muñoz Machado. *La reserva de jurisdicción*. Madrid: La Ley, 1989, p. 19.

porque aumentan la incerteza del derecho por su vaguedad, yo simplemente les diría que los principios existen en el ordenamiento por alguna razón, y, que ellos son fundamentales para que se produzca la concreción de los derechos y garantías constitucionales y para la resolución de los conflictos en el caso concreto. Por el simple hecho de que «la razón del derecho es necesaria para convertir en realidad nuestros ideales constitucionales» y porque la justicia es «todo lo que el derecho puede aportar cuando es entendido plenamente»⁶⁴⁵.

De igual manera, no debería existir ninguna tensión entre el juez y la efectividad y validez de la ley. La posibilidad de que el poder judicial, considerado el órgano con menor legitimidad democrática por no haber sido elegido por los votantes, decida sobre la aplicación o no de una ley que fue aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo ha generado una inquietud en medios jurídicos y académicos. Esto es conocido como la *dificultad u objeción contramayoritaria*. Hay que responder a la voluntad de las mayorías, pero siempre buscando proteger los derechos de las minorías. Además, como bien ha apuntado Luís Roberto Barroso, «el poder de los jueces y tribunales, como todo poder político en un Estado democrático, es representativo. Es decir: es ejercido en nombre del pueblo y presta cuentas a la sociedad»⁶⁴⁶. Y aunque no lo entendamos así, para los que piensan que sería un poder sin representatividad democrática y le faltaría legitimidad, podríamos responderles como bien ha apuntado Francisco Tomás y Valiente, que la falta de representatividad no solo no es causa de falta de legitimidad, sino que, precisamente, es una garantía de independencia, en la medida que se desvincula de los partidos políticos y de los otros poderes⁶⁴⁷. Es decir, el hecho de invalidar actos de otros poderes o la innovación/creación de Derecho por el poder judicial son actividades totalmente legítimas, aunque entendamos que es un poder que no tiene representatividad democrática por no haber sido elegido mediante un proceso electoral.

No se pretende obviar la importancia o legitimidad que las reglas generales tienen para cualquier sistema jurídico, sino tan solo reconocer que ellas por sí solas ya no consiguen atender las demandas de las sociedades actuales, sobre todo porque su

⁶⁴⁵ Owen Fiss. *El derecho como razón pública*. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 20.

⁶⁴⁶ Luís Roberto Barroso. *A judicialização da vida e o papel de Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018, p. 78.

⁶⁴⁷ Francisco Tomás y Valiente. *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales, en Constitución: escritos de introducción histórica*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 161.

generalidad no permite a las leyes contemplar con detalle todos los casos posibles, siendo necesaria la interpretación de los jueces para los casos concretos. Además, este trabajo de interpretación de los magistrados exige una interacción cada vez mayor entre los sistemas jurídicos, debido a los fenómenos de la «constitucionalización del ordenamiento jurídico, la vinculación del Estado constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y la europeización del ordenamiento jurídico estatal»⁶⁴⁸.

Como bien ha apuntado Ran Hirschl, «en todo el mundo, en varios países y en varias instituciones supranacionales, la reforma constitucional fundamental ha transferido una cantidad de poder, sin precedentes, de las instituciones representativas a los poderes judiciales»⁶⁴⁹. A mi modo de ver, el aumento del protagonismo del poder judicial, sobre todo con la figura del Tribunal Constitucional, y con él la preocupación por el fenómeno del activismo judicial, tiene su base en muchos pilares, siendo tres los más importantes: en primer lugar, la reforma del poder judicial, del control de constitucionalidad y del papel de la fiscalía; en segundo lugar, el aumento del sentido de la ciudadanía y de la concienciación de la población con relación a sus derechos; y, en tercer lugar, al temor a la usurpación del poder legislativo y la necesidad de la palabra final de la Corte Constitucional.

Al revisar el debate académico existente sobre el activismo judicial y las entrevistas aquí realizadas podemos hacer algunas consideraciones e identificar algunas características. La primera observación tiene que ver con el hecho de que los tribunales constitucionales nacionales, así como los tribunales supranacionales que realizan funciones constitucionales, están inevitablemente sujetos a ataques por el activismo judicial. El segundo punto se refiere a la falta de claridad del concepto de activismo judicial, la mezcla de conceptos distintos como puede ser el *judicial review*, la judicialización de la política, la politización de la justicia y la propia carga ideológica del concepto. El tercero es acerca de la necesidad de una mejor conceptualización del papel de los jueces y de los tribunales en la protección de los derechos humanos, de los derechos fundamentales, y de los derechos supremos previstos en los textos legales.

⁶⁴⁸ Xabier Arzoz Santisteban. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2014, p. 343.

⁶⁴⁹ Ran Hirschl. *The Political Origins of the New Constitutionalism* (2004). Indiana Journal of Global Legal Studies Vol. 11, Iss. 1, Article 4, p. 71.

6.2 EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA SOCIEDAD EN LA VISIÓN DE LOS ENTREVISTADOS

Este capítulo trata de la percepción del fenómeno del activismo judicial en las sociedades objeto de este estudio, a través del material bibliográfico utilizado y de las entrevistas realizadas con renombrados profesionales con diferentes perspectivas, provenientes del mundo de la judicatura, historia, politología, sociología y política.

El concepto político de activismo judicial que hemos desarrollado en esta investigación parte de la idea misma de la Constitución y en ella desemboca. Es decir, su motivación tiene origen en la Carta Magna y su fundamento debe ubicarse en los límites establecidos en la Constitución. El magistrado estadounidense David Souter, exjuez del Tribunal Supremo estadounidense, en su discurso de graduación para los alumnos de la Universidad de Harvard dejó claro que «la Constitución no es un contrato simple, y no lo es porque utilice una cierta cantidad de lenguaje abierto que un diseñador de contrato trataría de evitar, sino porque su lenguaje garantiza muchas cosas buenas, y cosas buenas que compiten entre sí y que nunca pueden realizarse todas juntas, todas a la vez. Los términos explícitos de la Constitución, en otras palabras, pueden crear un conflicto de valores aprobados, y los términos explícitos de la Constitución no resuelven ese conflicto cuando surge. Puede que se deba hacer una elección, no porque el lenguaje sea vago, sino porque la Constitución encarna el deseo de los estadounidenses, como la mayoría de la gente, de tener cosas en ambos sentidos»⁶⁵⁰. Conflictos de valores constitucionales y la necesidad de concretarlos son las primeras motivaciones para adoptar esa postura activista desde el poder judicial. Hace inevitable una interpretación creativa de la manera en que esos derechos contradictorios pueden ser compatibles.

Desgraciadamente, no siempre el activismo judicial fue percibido de esta manera en las sociedades, especialmente si se trata de personas conservadoras, como ha destacado el entrevistado profesor Lawrence Friedman (*ver anexos*), ya que ellas además de ver en este fenómeno la prohibición de que los jueces puedan hacer leyes, simplemente no entienden que tenga lugar la existencia de lagunas en las leyes. Sin embargo, no se trata de hacer leyes. Es cierto que, en algunas situaciones, habrá creación de derecho por parte

⁶⁵⁰ *Text of Justice David Souter's speech*, The Harvard Gazette, disponible en: <https://news.harvard.edu/gazette/story/2010/05/text-of-justice-david-souters-speech/> acceso el 23 de octubre de 2017.

del poder judicial, ya que no todas las situaciones tienen una solución preparada y acabada en el ordenamiento jurídico, necesitando de la interpretación y la construcción de argumentos y que dará como resultado una innovación del derecho. Aquí, donde hay lagunas entre la justicia y el derecho, como bien comentó la científica política Condoleezza Rice, interviene el activismo judicial. Eso no es ninguna novedad y no hay ningún misterio en esto.

Ahora bien, en este proceso interpretativo de la Constitución hay cuatro formas de abordaje, en el decir de Cass Sunstein⁶⁵¹, que pasamos a describir a continuación.

El fundamentalismo (con su teoría originalista o tradicionalista), donde sus partidarios creen que la interpretación constitucional requiere de un acto de redescubrimiento para conseguir volver al punto de vista original de la generación que ratificó el documento constitucional, de forma que la Constitución sea leída con ese entendimiento. Con ello los jueces adoptan una modesta posición en la que simplemente siguen las reglas históricas impuestas por otros, y sostienen que las reglas básicas, amplias, claras y establecidas por anticipado son la mejor forma de asegurar unas bases para el futuro que no dependan de los cambios políticos y que proporcionen a los jueces la confianza y fortaleza necesarias para la defensa de la libertad, siendo escépticos sobre decisiones a la medida de casos concretos que pueden incrementar la discrecionalidad judicial.

El minimalismo percibe la interpretación constitucional como un conjunto de acuerdos de base teórica incompleta sin necesariamente tratar de las bases más profundas que los puedan sustentar, sin hacer nada mucho más allá de lo necesario para resolver un caso y con ello sin entrar en grandes controversias y dejando sin decisión las cuestiones más fundamentales, y entienden con ello que esos acuerdos son una necesidad práctica en una sociedad diversa y libre. Para ello es muy útil el sistema de precedentes, ya que respetar las decisiones de anteriores jueces promueve la estabilidad, evita generar decisiones totalmente particulares y hace innecesario decidir sobre cuestiones más fundamentales y generales. De esta forma van resolviendo de uno en uno los casos que tienen entre manos sin resolver también otros relacionados.

El perfeccionismo entiende que la Constitución es un documento irrevocable pero que se puede perfeccionar, siendo la obligación de los jueces interpretar sus términos

⁶⁵¹ Cass Sunstein. *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, pp. 30-45.

generales de forma que sus ideales se muestren bajo la mejor luz posible y conseguir con ello convertir el documento en el mejor posible. Ello es parte fundamental del proceso interpretación de las leyes, de forma que, si las leyes dejan ambigüedades o lagunas, los jueces deben intentar mejorarlas para proteger la libertad, igualdad y dignidad, en definitiva, deben interpretar la Constitución para promover la democracia en lugar de comprometerla. Aquí surge la crítica de si esa labor de perfección de la Constitución es un papel reservado a los jueces, que no han sido elegidos en ningún proceso democrático, o es un papel del ejecutivo y legislativo, cuyos miembros sí han sido elegidos en unas elecciones, pero los defensores de esta tendencia usan la propia Constitución para justificarse diciendo que esta, debidamente leída, genera necesariamente los resultados que ellos buscan, y extendiendo sus atribuciones democráticas al insistir en que los tribunales deberían proteger a los menos capacitados para protegerse en democracia, en especial a los colectivos sin poder político, para lo cual es necesario un papel fuerte del poder judicial que con ello perfecciona la democracia.

Finalmente el mayoritarismo da el beneficio de la duda a las otras ramas del estado a menos que violen claramente la Constitución, de forma que el legislativo y ejecutivo pueden hacer básicamente lo que quieran y los tribunales solo pueden intervenir cuando los primeros han cometido no solo un error, sino un error tan claro que esté más allá de cualquier duda razonable y sea interpretado como uno de los casos más claros de violación de la Constitución, consiguiendo que los jueces sean poco agresivos, respeten el resultado de los procesos democráticos y la autoridad y responsabilidad moral del legislativo y ejecutivo en la creación de las leyes.

Dentro de esas cuatro tendencias de interpretación constitucional, el activismo judicial que aquí defendemos encaja en el perfeccionismo, en la medida que busca usar todo el potencial de la Constitución con el fin de concretar las promesas allí existentes. Si dejamos de lado la expresión en sí del activismo, tantas veces reflejada de manera peyorativa, lo que tenemos es la función de interpretación de la Constitución con el objetivo de alcanzar su mejor potencial. Y si los tiempos cambian, las leyes también deberían cambiar; los jueces deben reflexionar sobre lo que ocurre en la sociedad y, si esta reflexión viene antes que las leyes, formalmente hablando, entonces habrá inevitablemente innovación del derecho, porque no son pocas las situaciones en que los jueces deben dar respuestas a cuestiones para las que el ordenamiento jurídico no tiene una respuesta preparada. Hay que construir esa respuesta y con la preocupación de que ella sea lo más eficiente y efectiva posible, sin más.

Como bien argumentó Mark Dawson «el activismo judicial surge no solo porque no hay un significado original simple y fácilmente delineado, sino también porque ese significado se divide en varias metas y objetivos que pueden entrar en conflicto entre ellos. Al mismo tiempo, la Constitución puede colocar estos valores en pie de igualdad, sin proporcionar medios obvios para reconciliarlos. En ausencia de una orientación legislativa, o cuando los valores fundamentales están en juego, los tribunales, por lo tanto, no tienen más remedio que elegir, o bien encontrar una manera en que estos valores opuestos puedan equilibrarse»⁶⁵².

Utilizando una expresión de Luigi Ferrajoli, es preciso reconocer en la función judicial esa dimensión de «poder de disposición»⁶⁵³, una especie de espacio que no está suficientemente cubierto por la norma y, que, por lo tanto, no permite ver la actividad jurisdiccional como algo meramente mecánico. En este sentido, cabe al juez la responsabilidad y la autoconsciencia de sus actos, siendo fundamental la objetividad y claridad de su argumentación. Por eso hay que poner el foco en la ética profesional y en la responsabilidad judicial. El proceso interpretativo depende de este poder de disposición porque hay que buscar la interacción de las diferentes normas; que las normas internacionales puedan ser integradas en las nacionales y que la interpretación siempre avance hacia a una protección más integral, como bien dijo el jurista Garzón (*ver anexos*). Todo esto de forma proporcional y responsable.

Además, el proceso interpretativo y, con él, muchas veces, la innovación del derecho es el impulso judicial para que los cambios ocurran y para que afecten a las capacidades del poder legislativo en el sentido de promover también el cambio legal, que debería venir antes de cualquier intervención judicial, claro está, pero no siempre es así.

El activismo judicial no se propone aumentar la influencia de los jueces en la elaboración de políticas públicas, sino más bien hacer valer su cumplimiento siempre y cuando la sociedad lo demande. Como bien defiende Dieter Grimm, es aún más importante para la solución de problemas políticos en las sociedades modernas que los jueces no tengan demasiada influencia en la elaboración de políticas⁶⁵⁴. Eso no quiere

652 Mark Dawson. “The political face of judicial activism: Europe’s law-politics imbalance”. En *Judicial Activism at the European Court of Justice*. Mark Dawson, Bruno de Witte y Elise Muir. (Editors) Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2013, p. 30.

653 Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traduc. de Perfecto Andrés Ibañez, Carlos Bayón, R. Cantarero, J. Terradillos y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2001, pp. 38-40.

654 Dieter Grimm. *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 436.

decir que no pueden manifestarse sobre las mismas con el objetivo de concretar los derechos fundamentales. Y para concretarlos es fundamental ser sensible y escuchar a las demandas populares, escuchar al poder ciudadano informal. El jurista español Baltasar Garzón utilizó en la entrevista la expresión «contaminarse», es decir, el poder judicial debe contaminarse de la sociedad para vivir y sentir los problemas de esta sociedad, entenderla y aplicar las normas para solucionarlos, siempre y cuando exista demanda para esto, claro está. Ya no hay más cabida, por lo tanto, para que el poder judicial esté apartado de la realidad social, y completa Garzón «donde el ruido no se oye, donde el dolor no se siente, donde la frustración no penetra, sí penetra la comodidad» (*ver anexos*). Toharia también comenta sobre los sondeos en España sobre este tema y afirma que el 80% de los españoles piensan que los políticos viven en un mundo cerrado, en una burbuja, ensimismados, como si fueran autistas y lo consideran el segundo mayor problema en España después del paro y eso hace, evidentemente, que aumente la necesidad de la sociedad de recurrir al poder judicial para buscar una salida, para ver sus voces oídas y las promesas constitucionales cumplidas. Y si encima el poder judicial ve como virtud ese distanciamiento en relación al ciudadano común y la opinión pública, ¿quién va a solucionar las demandas de esta sociedad, si eso es así? Esa desconexión con la realidad va incluso contra la propia norma prevista en el artículo 3 del Código Civil español, que reza que: “1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.*” Hay que estar atentos, por lo tanto, a las circunstancias reales y no estar ensimismados en el mundo judicial puramente técnico, como bien ha dicho el Dr. Toharia. (*ver anexos*)

Esta relación con el poder ciudadano permitiría una conexión horizontal entre el poder judicial y la sociedad civil y de ese modo priorizaría la concreción del principio de la dignidad de la persona humana y la ampliación del ámbito de protección de los derechos fundamentales. Al mismo tiempo que la intervención judicial resultado de esta relación constituye un papel clave para concretar los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y, en muchos casos, corregir injusticias socioeconómicas y evitar las situaciones que empujan a la población a una vida precaria ofreciéndoles condiciones materiales mínimas para que lleven una vida digna, pues ninguna Constitución encierra la promesa de ofrecer a sus ciudadanos una vida indigna.

Ahora bien, ¿es el activismo judicial apropiado para todas las sociedades? En su mayoría, los entrevistados defienden que habrá sociedades que simplemente no lo echará en falta, por el mero hecho de no ser un país donde la represión y la violación de los derechos sea posible. Un ejemplo puesto por Dieter Grimm, no en relación con el activismo judicial como tal, sino respecto al *judicial review* (control de constitucionalidad), donde se concentra gran parte de lo que se llamó activismo, es que hay países, incluso considerados muy buenas democracias, como puede ser el Reino Unido o los países Escandinavos, que no adoptaron este sistema. Y sentencia Grimm: «otros países con menos suerte como Alemania quieren una revisión judicial» (*ver anexos*). En este sentido, la aceptación de un mayor o menor grado de activismo judicial tiene que ver con las propias experiencias históricas de cada país. Ahora bien, a medida que las sociedades evolucionen habrá un avance en el activismo judicial también, ya que habrá más peticiones de transparencia en la sociedad, de comunicación y un mayor conocimiento general en la población.

En el caso de Brasil, donde el activismo judicial tanto en el Tribunal Supremo Federal como en decisiones firmadas por jueces singulares ocurre con bastante frecuencia, quizá es posible detectar algunas características que favorecen esta actuación. En primer lugar, citaría la propia Constitución brasileña de 1988, conocida como Constitución ciudadana, porque es extremadamente detallista, conteniendo más de cien derechos fundamentales reconocidos, al contrario de la Constitución alemana en la que, como ha dicho Dieter Grimm, solo hay unas pocas áreas que reciben la protección especial como derechos fundamentales⁶⁵⁵. En Brasil, el juez o el tribunal activista tiene su fundamento para actuar de forma proactiva en su propia Constitución. En segundo lugar, el papel de la fiscalía y las competencias atribuidas a este órgano por la propia Constitución fundamenta su intervención en temas que afectan directamente a las políticas públicas, como puede ser la educación, salud, medio ambiente, etc.

Un reciente libro del juez del Tribunal Supremo Federal brasileño, Luís Roberto Barroso, busca fotografiar el momento actual del país, en medio del combate contra la corrupción, que ha intensificado la judicialización de cuestiones de gran importancia para el país, proporcionando un mayor protagonismo a la Corte Suprema de forma general y,

⁶⁵⁵ Dieter Grimm. *The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany*. International Journal of Constitutional Law. Vol. 13. Issue 1, 1 January 2015, p. 12.

con ello, creando mayores tensiones entre los tres poderes.⁶⁵⁶ Dieter Grimm (*ver anexos*) deja claro en la entrevista que en Alemania no es posible ver el activismo judicial en la figura de un juez singular o de una corte que no sea la Corte Constitucional, porque concierne solamente a la Corte Constitucional la posibilidad de revisar las decisiones políticas. Si hay alguna cuestión en este sentido, debe ser enviada a la Corte Suprema. Lo mismo ocurre en España. Aparte, obviamente, de las circunstancias y experiencias históricas de cada país, quizá ese sea uno de los motivos por los que se puede hablar de protagonismo de las Cortes Constitucionales en estos dos países, pero menos de activismo judicial, como es el caso de Brasil y Estados Unidos, en los que además del protagonismo de la Corte Suprema, es posible hablar de activismo judicial en la esfera de los jueces de primero grado o de tribunales inferiores, ya que ellos también pueden tratar el tema de la constitucionalidad, en sede de control abstracto, y, al parecer, tienen más margen (o apertura) para esta postura más proactiva que busca el activismo judicial.

Sin duda alguna, el principio de proporcionalidad, como hemos visto, asume un papel extremadamente relevante en la búsqueda del equilibrio para solucionar los casos de violaciones de los derechos fundamentales y, por lo tanto, cuando el asunto es activismo judicial. Esa relevancia tiene que ver, sobre todo, con la idea de que el principio de la proporcionalidad exige exactamente este equilibrio y prohíbe un abuso de esta actuación proactiva del juez. Ahora bien, al mismo tiempo que prohíbe una actuación exagerada del magistrado, también lo hace con relación a todos los involucrados en el proceso, sobre todo el Estado, en la figura del poder ejecutivo o el poder legislativo. Y, es más, también prohíbe la falta de reacción con respecto al cumplimiento de deberes para proteger los derechos fundamentales. Como bien ha señalado Dieter Grimm, un estatuto no solo es inconstitucional cuando va demasiado lejos al infringir un derecho fundamental, sino también cuando hace demasiado poco para proteger un derecho fundamental. El espacio que existe entre estos dos extremos del espectro -de la reacción exagerada y de la inacción- es el margen para las preferencias políticas⁶⁵⁷. En los extremos, deberá actuar el poder judicial.

Sobre la cuestión de la judicialización de la política hemos visto que se trata, en general, de un movimiento hacia el poder judicial que es reflejo de una pérdida de

⁶⁵⁶ Luís Roberto Barroso. *A judicialização da vida e o papel de Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018.

⁶⁵⁷ Dieter Grimm. *The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany*. International Journal of Constitutional Law. Vol. 13. Issue 1, 1 January 2015, p. 17.

autonomía o de capacidad de concretización del poder ejecutivo o del poder legislativo. Se trata de una transferencia de responsabilidad de los políticos hacia los tribunales. Cada vez que están delante de un problema complejo, que los políticos no saben como resolver, o son incapaces de encontrar soluciones pactadas, lo convierten en un problema jurídico, como bien ha colocado el Dr. Juan Toharia en la entrevista (*ver anexos*). Es decir, cuando fallan las políticas públicas se recurre a la vía judicial y eso, a largo plazo, representa un coste para la sociedad que necesita de la decisión de un juez o de un tribunal para la implementación de políticas públicas. No es eso lo que defendemos aquí. Esta situación debe ser repensada para que se pueda encontrar una salida que evite la necesidad de recurrir al poder judicial. El activismo judicial busca corregir los fallos y disminuir los canales burocráticos para que los derechos fundamentales puedan ser protegidos en cada caso concreto. Como bien ha apuntado Dr. José Juan Toharia, la preocupación es que una cosa lleve a otra, es decir, que la judicialización de la política resulte en la politización de la justicia y que con el activismo judicial se politice en exceso la justicia (*ver anexos*). A mi modo de ver, los dos primeros fenómenos, judicialización y politización de la justicia, pueden entremezclarse y confundirse en determinado momento, pero el activismo judicial, en la forma en que lo desarrollamos aquí, al ser esa actitud proactiva, legítima, basada en la ley y fundamentada en una argumentación jurídica sólida, no tiene por qué considerarse politización de la justicia. En definitiva, esa no es la idea.

Sobre el caso de España, el Dr. Toharia menciona que el activismo judicial es visto con ambivalencia: por un lado, una forma de promoción de la justicia y, por otro con recelo de que haya demasiada politización de la justicia. Sin embargo, la politización de la justicia española ya está ahí, sea porque la justicia española no termine de independizarse de la política (cita la figura del juez instructor y de la falta de independencia de los fiscales en España, así como el Consejo General del Poder Judicial, que es la única institución que se renueva totalmente al 100% cada cinco años, lo que representa una permanente falta de continuidad de un mandato a otro y un obstáculo para que se establezca un estilo o cultura de la institución), sea por los nombramientos de jueces y fiscales, o como ha dicho el Dr. Toharia, por el propio deseo que tiene todo político en el fondo del alma, que es el de controlar la justicia (comenta el caso de Franklin D. Roosevelt, modelo de político demócrata, que cuando ganó la primera de las elecciones de las cuatro que ganó se encontró con un Tribunal Supremo que estaba compuesto por personas muy conservadoras y, por eso, decidió ampliar el número de plazas en el

supremo hasta quince. No lo hizo porque durante el proceso fallecieron dos miembros y eso reequilibró el tribunal.

Es esencial recordar que sea con la constitucionalización de los derechos, o el refuerzo de los controles de constitucionalidad, la figura de la fiscalía debe tener un impacto real en la sociedad y este impacto es percibido cuando estamos delante de interpretaciones progresistas, basadas en la noción de la justicia distributiva y dedicadas a concretar tales medidas. Es decir, aquí las actitudes proactivas de los operadores del derecho son fundamentales para que esa constitucionalización sea percibida en todos los ámbitos de la sociedad. Y como ha dicho Dieter Grimm en la entrevista, (*ver anexos*) es fundamental ser consciente de la línea de fondo que diferencia aplicar, interpretar y hacer derecho.

Siendo así, la pregunta que queda es: ¿podemos precisar si el activismo judicial es bueno o malo para las sociedades? Y la respuesta, en principio, podría ser que sí es bueno, ya que existe para corregir problemas, pero, la respuesta correcta es «depende». Y depende de muchas cosas: del contexto de la sociedad en que está inserto; del enfoque de las partes interesadas (como ha dicho el jurista español Baltasar Garzón – *ver anexos*) de la construcción del argumento y de la fundamentación de la decisión de los jueces; si los valores tienen soporte constitucional y, por lo tanto, si hay legitimidad o no en esta postura proactiva; etc. Cada sociedad deberá decidir por sí misma, siempre y cuando tengamos claro su concepto y sus límites. Lo cierto es que, si vivimos en una cultura que reconoce los derechos fundamentales, los derechos humanos, en que el desarrollo de la noción de derechos ya trasciende la ley ordinaria, es necesario saber quién puede asegurar que estos derechos sean reales, como bien ha apuntado el profesor Lawrence Friedman en la entrevista (*ver anexos*), y, así, no acaben en meras promesas simbólicas. Ese papel lo hacen los jueces, las Cortes, el poder judicial, por lo tanto. Y el profesor Lawrence deja muy claro que no se trata de un comportamiento arbitrario, sino debe ser siempre guiado por el orden constitucional.

Otra pregunta relevante es la posible violación de la separación de poderes con el activismo judicial y la respuesta, en su mayoría, es que no existe un problema real de invasión del área de responsabilidad del legislativo o ejecutivo. El profesor Lawrence es más categórico: solo hay problema de usurpación de poderes si la decisión de la Corte no agrada al otro poder. Es un problema más de ideología que de otra cosa. Ya Dieter Grimm dice que, efectivamente, se discute mucho sobre si la Corte Constitucional ha entrado demasiado en el área del legislador. Y no hay una solución clara para este problema. Una

vez que la sociedad adopte el sistema de control de constitucionalidad (*judicial review*) fatalmente habrá problemas con la división de poderes. Sin embargo, una forma de minimizar el problema sería a través de la cooperación entre los poderes.

De acuerdo con el jurista y profesor Dieter Grimm, si en Estados Unidos y Alemania apareciera un nuevo desafío para el poder judicial sin una respuesta clara en sus leyes, la percepción sería muy diferente; en Estados Unidos muchos dirían que resolver ese asunto corresponde solo al poder político; en Alemania se aceptaría que es bueno que los jueces adapten y desarrollen la ley, siempre y cuando no creen realmente una nueva ley, cuya función sería del legislativo. Lo cierto es que es falso el argumento de que siempre que exista una innovación en el Derecho hay una usurpación de competencias del legislativo, porque es competencia del poder judicial proteger y hacer valer las promesas constitucionales y si para eso es necesario interpretar el derecho y recrearlo, entonces no se puede hablar de violación de la separación de poderes. Y no solo eso, y como ha dicho Baltasar Garzón, la división de poderes nunca puede ser contraposición de estos, una yuxtaposición de poderes, sino que hay que coadyuvar en beneficio común de la sociedad; ha de haber integración y cooperación entre los poderes, ya que el Estado es uno e indivisible (*ver anexos*). De cualquier forma, si se pretende repensar la división de poderes, claro está que no debemos empezar por extraer competencias del poder judicial, que ha demostrado ser esa voz que convierte en realidad los derechos fundamentales, por ejemplo. Quizá, podemos empezar repensando el poder ejecutivo, que ha demostrado tener demasiado poder y tiene una «vocación expansiva» (expresión usada por el jurista Baltasar Garzón), como es el caso de Estados Unidos y Brasil, por ejemplo.

Al tratar el tema de la función de los jueces y los desafíos jurídicos de la sociedad, el Dr. Toharia defendió que el activismo judicial por un lado sería bueno, pues significaría que la justicia es independiente, pero, por otro lado, sería al fin y al cabo una disfunción de un sistema que no funciona bien, ya que el papel del juez no es el de ser activista, sino simplemente el de resolver aquello que se le presenta.

Como hemos visto anteriormente ese papel del juez descrito por el Dr. Toharia corresponde a lo que Cass Sunstein denomina un enfoque minimalista⁶⁵⁸, y es una visión muy extendida en países como España o Alemania, donde el papel de guardián de la constitución se reduce a los pocos componentes del Tribunal Constitucional o Corte

⁶⁵⁸ Cass Sunstein, *Op. cit.*, p. 27

Suprema, y el resto de los jueces se asemejan más a meros administradores de justicia, por lo que no se espera de ellos que vayan más allá de resolver el asunto que tienen entre manos, de forma que deciden sobre casos sin establecer principios generales, y si llegan a la conclusión de que es necesario hacerlo detienen el caso hasta que instancias superiores establecen esos principios y las leyes son actualizadas.

Quizás, el mayor problema de todo esto sea el término *activismo*, que por sí mismo ya tiene una connotación peyorativa. Como bien dice Cass Sunstein, algunas personas etiquetan una decisión como *activista* cuando creen que implica un desvío del enfoque constitucional correcto, es una forma de etiquetarla como errónea. Otras usan la palabra *activismo* como una simple descripción, no necesariamente con una connotación negativa, por ejemplo, un juez *activista* podría invalidar una decisión gubernamental considerada socialmente injusta y eso sería algo a celebrar. En este trabajo estamos ante este último punto de vista.

Por ello, y sigo cuestionando ese comentario del Dr. Toharia, si entendemos el *activismo judicial* como un medio para concretar las promesas constitucionales, como esa forma de mirada más amplia que busca aprovechar al máximo las posibilidades de la Constitución como garantía de los derechos fundamentales, no debería ser considerada como la muestra de una patología, como no lo es el nuevo constitucionalismo, por ejemplo. Hace referencia a casos tratados por los jueces de oficio. Sin embargo, nuestro concepto es que también el juez inicia una investigación en un caso. Esto supone la excepción del juez instructor español. La patología es anterior al *activismo judicial*, es la judicialización de la política, que ha convertido conflictos políticos en judiciales. Eso sí, el *activismo judicial* no se presta a cubrir campos de acción que otras instituciones políticas no cubren. Fatalmente lo cubrirá, pero esta no es su función de partida, sino más bien guardar las promesas constitucionales, que al fin y al cabo es lo que son las leyes: verdaderos compromisos con la sociedad que deben ser cumplidos.

Otro tema relacionado con la función de los jueces que hemos tratado es todo lo relativo a la independencia de los jueces. En la entrevista con el Dr. José Luis de Benito, magistrado español, miembro del Consejo General del Poder Judicial, ha dicho que la institución que representa es un órgano del gobierno que gestiona la vida administrativa de los jueces, «pero nunca la vida jurisdiccional», entendiendo la vida jurisdiccional como las resoluciones que toman los jueces. Afirma el magistrado que los jueces en España ostentan un poder que no tiene ni el legislativo ni el ejecutivo, es decir, que tienen poder no por pertenecer a un colectivo, sino como persona. El juez dicta y dispone sobre vidas

y haciendas, sin ningún tipo de cortapisa, mas que la propia ley, lógicamente, y la propia Constitución. Y añade que con base en este poder personal tienen una responsabilidad social grandísima. Sin embargo, reconoce que hay cauces en la legislación española para cuando un juez este delante de una cuestión que no está dentro del marco legal o éste debe modificarse en este sentido. En este caso, deberá someter el caso a la consideración del Tribunal Constitucional. Además de eso, existe la comisión disciplinaria y el régimen disciplinario de los jueces previsto en la ley orgánica correspondiente, que trata de la responsabilidad penal (casos en los que los jueces cometan delitos, como es el caso de la prevaricación, dictar una sentencia injusta a sabiendas. Aquí menciona el caso del Juez Garzón, condenado por prevaricación) y de la responsabilidad disciplinaria, con una serie de faltas aplicables muy amplia. Sin lugar a duda, ambas características afectan a la independencia judicial y repercute en el uso o no del activismo judicial por los jueces singulares.

La credibilidad del poder judicial está sufriendo un cierto desgaste debido a las transformaciones sociales e institucionales y por los nuevos enfoques en la política, en las ciencias jurídicas y la necesidad de comprenderlos y acompañarlos. Como ha descrito Owen Fiss, la Corte Suprema debe ser un «instrumento de la razón pública»⁶⁵⁹. Y continúa diciendo que «una concepción de esta clase le confiere al alto tribunal una medida de autoridad en materia constitucional, pero, tal como se enfatizó desde el principio, no tiene la última, y mucho menos, la única palabra. Todos tenemos algo que decir y la Corte debería escucharnos. La tarea de dar significado a los valores encarnados en la Constitución es una prerrogativa –más aún, una responsabilidad– de cada ciudadano, incluidos aquellos que ejercen el poder en las otras ramas del Estado»⁶⁶⁰. Escuchar al poder ciudadano informal, contaminarse de sociedad es esencial para cumplir bien su papel. Esa es una cuestión clave del debate sobre el activismo judicial. Luís Roberto Barroso trató este tema al analizar los factores que influyen en una decisión judicial, aparte del material jurídico. En aquella ocasión registró el autor que:

En el constitucionalismo democrático, el ejercicio del poder implica la interacción entre las cortes judiciales y el sentimiento social, manifestado por la opinión pública o las instancias representativas. La participación y el compromiso popular influyen y legitiman las decisiones judiciales, y es

⁶⁵⁹ Owen Fiss. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 315.

⁶⁶⁰ *Idem*.

bueno que así sea. Dentro de ciertos límites, naturalmente. El mérito de una decisión judicial no debe ser evaluado en una encuesta de opinión pública. Pero eso no disminuye la importancia de que el poder judicial, en el conjunto de su actuación, sea comprendido, respetado y acatado por la población. La opinión pública es un factor extrajurídico relevante en el proceso de toma de decisiones por los jueces y tribunales, sin embargo, no es el único y, además, no siempre es sencilla la tarea de captarla con fidelidad⁶⁶¹.

Tomando prestada una expresión de Dieter Grimm, las constituciones de finales del siglo XVIII fueron «constituciones revolucionarias»⁶⁶², que además de modificadoras fueron constituciones fundacionales, es decir, no simplemente se prestaron a imponer límites a las instituciones existentes, sino que fundamentalmente buscaban reconfigurar las existentes. La cuestión es que esa reconfiguración de las instituciones es una constante porque las constituciones son «organismos vivos» y están en constante transformación; aunque en el papel no haya tantos cambios, sí que los hay en las formas de interpretarla. Por todo lo dicho, no entiendo que pueda ser defendible la doctrina⁶⁶³ que afirma que las constituciones serían una especie de «manifiesto político» o «panfleto», cuya interpretación cabría al legislador y no a los operadores del derecho. La interpretación de la Constitución y, con ella la innovación del derecho por los jueces es una necesidad vital del sistema democrático.

Aceptemos que el sistema de justicia es parte integrante del entramado estatal y que su imagen es similar a la que tiene la sociedad del propio Estado. Ahora bien, eso no quiere decir que la percepción de independencia, de imparcialidad, de eficiencia, de efectividad, de transparencia y de cercanía del poder judicial hacia a la sociedad no interfiera en el modo en que los ciudadanos la evalúan, sino todo lo contrario. Sin duda alguna, la confianza ciudadana, así como la percepción de que el sistema de justicia no es distante ni opaco pasa por los mencionados requisitos.

Quizá no es exagerado decir que el activismo judicial permite un mayor recorrido al papel del juez en el sistema jurídico, en el sentido de ir más allá de la condición de mero aplicador del Derecho para pasar a ser creador del mismo y actor y responsable del trabajo político que desempeña la magistratura. Por eso, los temas de la independencia judicial y de la responsabilidad de los jueces son fundamentales aquí. Lo que realmente

⁶⁶¹ Luís Roberto Barroso. *A judicialização da vida e o papel de Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018, p. 8.

⁶⁶² Dieter Grimm. “Types of Constitutions” in Michel Rosenfeld and András Sajó (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: University Press, 2012, pp. 103-104.

⁶⁶³ Ricardo Guastini. “Aspetti notevoli di Normative Systems”. En *Analisi e Diritto 1997*, pp. 199-201.

importa en el activismo judicial es si hay independencia y respaldo legal para hacerlo de forma legítima, controlada y con responsabilidades claras.

Hay que permitir esa evolución del poder judicial y rediseñar sus instituciones de tal forma que el activismo judicial no sea visto como un instrumento de usurpación de poder, y de la forma en que lo planteamos aquí no lo es; y dirigir la mirada hacia la naturaleza de sus resultados, es decir, considerarlo como un mecanismo del nuevo constitucionalismo que lo que defiende es la concreción de los derechos y garantías constitucionales. Porque el objetivo de la justicia social en un Estado liberal, como bien ha señalado Ackerman, «no es construir una comunidad en la cual todos están esclavizados en el nombre de un gran ideal colectivo», sino más bien «construir una forma de comunidad en la cual cada participante tenga garantizado el derecho a vivir su propia vida, independientemente de lo que sus vecinos puedan pensar de él», ya que el ideal liberal «es un orden social en el cual la gente libre actúa dentro de una estructura de poder justa»⁶⁶⁴. Y como bien ha dicho Ferrajoli, «el derecho y la democracia son construcciones humanas: dependen de la política y de la cultura, de la fuerza de los movimientos sociales y del empeño de cada uno de nosotros»⁶⁶⁵.

6.3 LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN DE CONTINUACIÓN DE ESTE TRABAJO

Es importante constar que, ciertamente, el tema no queda agotado con esta investigación, sino que está abierto a ulteriores discusiones. Esta investigación puede sentar las bases y contribuir para que haya una reflexión que proporcione un entendimiento más exacto, amplio e integral sobre como actúan los jueces, sobre la racionalidad jurídico-constitucional en el ámbito de las cuestiones políticas y sociales que llegan al Poder Judicial para que la «dimensión ética-substantiva» pueda tener eficacia jurídica en la práctica.

El poder judicial experimenta un cambio en su protagonismo en la sociedad, no solo debido al activismo judicial, sino también debido a las demandas de la sociedad en

⁶⁶⁴ Bruce Ackerman. *La Justicia Social en el Estado Liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 416.

⁶⁶⁵ Ferrajoli (2008). *Democracia y garantismo*. *Op. cit.*, p. 41.

el sentido de buscar en los veredictos judiciales la justicia que no encuentran en las acciones del poder ejecutivo o legislativo. Se trata de un proceso normal, ya que el trasfondo cultural de las sociedades y sus instituciones está en constante movimiento, las preguntas cambian y los desafíos nunca son los mismos. No debemos congelar ni aislar las leyes y la interpretación judicial de este trasfondo, de este sistema cambiante. Es más, si las sociedades están en constante desarrollo, si hay nuevas orientaciones de valor debe haber un cambio en la forma de abordar los problemas, en la manera de aproximarse al núcleo de las demandas populares. Cuanto más se aproxima el poder judicial, y los magistrados, al poder ciudadano informal y a la materialización de los derechos y principios constitucionales con la razón permanentemente orientada al cambio y mejora social, mejores serán los resultados de las decisiones judiciales y con mayor legitimidad no solo en su dimensión formal, sino sobre todo en su dimensión substancial.

Quizás las futuras investigaciones puedan ayudar a buscar respuestas a las preguntas: *¿cómo el papel activo del juez puede ayudar a la existencia de un dialogo constructivo entre la sociedad y el poder judicial, entre la política y la justicia? ¿Quizás podemos investigar y repensar donde termina el derecho y comienza la política?* Sobre todo, porque con la globalización estos espacios son más amplios, y la línea entre ellos más tenue, ya que pasamos a tratar de tribunales supranacionales o control externo de fronteras legales, etc. Por ejemplo, a veces el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es considerado activista por aquellos que perdieron parte de su autonomía reguladora nacional en favor de las instituciones de la Unión Europea. ¿Cómo afrontar estos retos?

Como bien ha dicho Gustavo Zagrebelsky el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como «partes del derecho», y no como «todo el derecho» porque los jueces, afirma el autor, «son garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia»⁶⁶⁶. Además, en el «todo el derecho» hay que incluir no solo la participación del poder ciudadano, sino también hay que pensar otros instrumentos de democracia representativa y participativa en la vía judicial porque la sociedad demanda su participación en la creación de derecho y sus leyes tanto en el poder legislativo como en el poder judicial.

No se trata aquí de proyectar ninguna visión idealista o romántica de la actividad creativa de los jueces, sino más bien de valorar lo positivo que esa postura activa puede ser para la sociedad y discutir sobre las formas de fiscalización de esta actividad. En

⁶⁶⁶ Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2005, p. 153.

primero lugar, es importante recordar que ya existen limitaciones tales como la prohibición de actuar de oficio y la necesidad de argumentar sus decisiones.

En el minimalismo judicial, defendido por Cass Sunstein, que es justo la posición contraria al activismo judicial, acaba ocurriendo que algunos temas se quedan sin decisión en la práctica, es decir, aunque un juez minimalista sea cercano a la lectura más proactiva de la Constitución, aunque crea que una argumentación basada en principios sería viable en el caso concreto y, más que eso, sería más justa, aún así, este juez rechaza esta lectura, y se apoya en una justificación más minimalista, más estrecha, por entender que un juez no tiene la autoridad para tomar decisiones bajo esta perspectiva más amplia, sino que debe hacer siempre una interpretación más comedida. Ciertamente hay muchas maneras de aproximarse a la Constitución, hay muchas maneras de interpretarla y, por lo tanto, de tomar las decisiones judiciales, sin embargo, ninguna de ellas puede permitir convertir la Constitución en letra muerta. Por eso, sostengo que el activismo judicial es una herramienta útil, porque busca concretar la Constitución, hacerla efectiva, debiendo siempre hacerlo, obviamente, dentro del marco del ordenamiento jurídico. Al usarla, los jueces deben contraponer los puntos de vista de los poderes elegidos en procesos democráticos a las demandas de la sociedad y al contenido de los principios constitucionales y los derechos humanos.

Hay quien defiende que es de la esencia de la separación de poderes que una cuestión política no pueda ser justiciable. Como bien dijo Hamilton en el *Ensayo Federalista* nº 78, el juez es un funcionario público que ejercer su juicio y no su voluntad y «la interpretación de las leyes es el dominio apropiado y peculiar de los tribunales». La importancia que se viene reconociendo a la función jurisdiccional y, con ella, la creación judicial de reglas jurídicas y su intervención en áreas sensibles como son las áreas sociales y políticas no es más que la «integración judicial del ordenamiento»⁶⁶⁷ y la forma de evitar que perezcan los derechos reconocidos en la Constitución.

Hemos visto que la protección de los derechos fundamentales debe involucrar todas las ramas del poder público y que el embate contra el protagonismo del poder judicial solo demuestra que no se ha alcanzado el nivel de cooperación necesario entre los poderes y que hace falta avanzar en este sentido. El poder ciudadano informal y todos los canales de expresión de la sociedad deben hacer parte de este proceso de colaboración

⁶⁶⁷ Gustavo Zagrebelsky (2005), *Op. cit.*, p. 153.

entre los poderes, pues al fin y al cabo el poder emana del pueblo y debe estar a su servicio.

En el activismo judicial se cree firmemente que los jueces deben concretar materialmente las promesas constitucionales, así como promover el cambio y la adaptación del Derecho a la realidad social. De ahí que la racionalización material del derecho sea un elemento clave para su ejercicio. Esa creciente apertura a los principios y valores de rango constitucional ha permitido (y seguirá haciéndolo) que los sistemas jurídicos modernos experimenten transformaciones realmente relevantes, entre ellas el refuerzo de la relevancia del papel de los jueces y de los tribunales en decisiones que repercuten de forma crucial en la sociedad. Una vez más es importante dejar claro que no se pretende aquí promover la usurpación de la función del poder legislativo, ni «sobredimensionar el papel político de los jueces en detrimento del principio democrático»⁶⁶⁸, ni mucho menos defender la hegemonía del poder judicial, sino más bien reconocer que ese papel existe y que es fundamental para el proceso democrático y que debe ser ejercido de forma legítima. Lo que defendemos aquí es el activismo judicial legítimamente ejercido, que busca «expandir el sentido y el alcance»⁶⁶⁹ del ordenamiento jurídico, sobre todo de la Constitución, sacando las potencialidades máximas existentes de los textos legales, a través de la interpretación jurídica basada en los principios y valores nucleares que rigen la sociedad, siempre con el objetivo último de proteger y concretar los derechos fundamentales, así como promocionar y resguardar el proceso democrático.

La constante construcción de la democracia debe ser consciente de la dimensión dinámica del derecho y tener presente siempre la necesidad de integrarlo y mejorarlo. Y el activismo judicial, a mi modo de ver, permite esa integración y esa mejoría, en la medida en que tras él está el objetivo de ser un potencial transformador de la ley siempre con foco en el desarrollo basado en los derechos fundamentales. Debería, por lo tanto, formar parte de un panorama normativo y de los proyectos de desarrollo de las instituciones, en lugar de ser considerado como un mecanismo de usurpación de poder. Los jueces deben asumir ese papel activo, sobre todo con relación a los derechos sociales,

⁶⁶⁸ Véase Sebastián Linares. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp.13-14 y ss.

⁶⁶⁹ Expresión utilizada por Luís Roberto Barroso, en su obra *A judicialização da vida. E o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018, p. 47.

como son la vivienda, salud, educación, etc. y actuar en ambientes con graves distorsiones y dificultades para los ciudadanos, como tensiones sociales y situaciones de desigualdad o de pobreza extrema⁶⁷⁰.

No nos aportan nada los derechos fundamentales no disfrutables y una constitución con promesas vacías. El poder judicial no puede ser indiferente a la distancia entre el texto constitucional y la realidad, entre el mundo del deber ser y el mundo del ser. Las normas constitucionales son una conquista de las sociedades democráticas y el poder judicial debe concretar de forma efectiva las reglas, principios y derechos allí reconocidos. El activismo judicial tiene muy claro esta función del poder judicial y, por eso mismo, busca superar el positivismo normativista a través de una interpretación más sofisticada, cuya centralidad está en la Constitución y sus principios, analizando siempre de entre todas las alternativas la que mejor se adecue a una decisión correcta y justa al caso concreto. Sobre todo, porque las situaciones que el poder judicial debe afrontar son cada vez más plurales y complejas y que, en definitiva, no tienen respuestas listas, ya preparadas entre las normas elaboradas por el legislador. Siendo así, al concretarlos, el poder judicial asume su papel proactivo de instrumento del progreso social, de garante de una Constitución efectiva y no simbólica y de coparticipe en la innovación del derecho. Es este papel el que está reservado al poder judicial en la sociedad actual y es más sabio reconocerlo y mejorarlo que negarlo.

A título de ejemplo de cómo el activismo judicial puede ayudar en el proceso de transformación del poder judicial, cito al Tribunal de Justicia europeo, así como a la Corte Europea de derechos humanos, que son importantes actores en Europa no solo para proteger los derechos fundamentales en la Unión Europea, sino también para catalizar los cambios necesarios en las legislaciones nacionales para que sean compatibles con el derecho comunitario. El activismo judicial en la Corte de Justicia europea ha ayudado a que este proceso ocurra y sobre todo ha fomentado este dialogo activo entre la Corte y las instituciones políticas, entre las Cortes Constitucionales nacionales y los tribunales supranacionales, siempre en busca de encontrar la mejor respuesta, la decisión más justa para el caso concreto.

Ahora bien, como apunta Luís Roberto Barroso, en muchos casos no se puede hablar de una respuesta objetivamente correcta, sino de una respuesta subjetivamente

⁶⁷⁰ Roberto Gargarella, Pilar Domingo and Theunis Roux. *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Hampshire: Ashgate, 2006, p. 268.

correcta. De acuerdo con el ministro Barroso, «para un intérprete existe una única solución correcta, justa y constitucionalmente adecuada a ser alcanzada. Y este intérprete tiene deberes de integridad, no pudiendo ignorar el sistema jurídico, los conceptos aplicables y los precedentes de la materia y, además, tiene deberes de coherencia, en el sentido de que no puede ignorar sus propias decisiones anteriores, así como las premisas que estableció en casos precedentes. Es decir, un juez no es libre para elegir de acuerdo con su estado de espíritu, sus simpatías o sus estrategias en la vida»⁶⁷¹.

Recordemos que el papel del derecho debe ser entendido como un ámbito de impugnación social, político, cultural y funcional, donde las instituciones constitucionales tienen la oportunidad de marcar líneas claras de lo que es válido, legal y justo en cada caso concreto. Si es cierto que la judicialización de la vida política no refuerza la democracia, sino que la debilita, entiendo que también lo es que el activismo judicial, en la forma que estamos planteando aquí, sin prestarle ninguna connotación negativa, consolida y coopera con el proceso democrático en la medida que se propone a cumplir las «promesas» constitucionales.

Una nueva era, que ya estamos presenciando, potencia el discurso de los derechos humanos, una aproximación entre el poder judicial y la ciudadanía y una creciente movilización legal, abriendo, en definitiva, un nuevo frente para la teoría de la democracia deliberativa. Además, la «voz del pueblo» gana una nueva dimensión a través de los medios de comunicación, que transmiten las demandas y los conflictos de modo mucho más directo, inmediato y rápido. Y aquí el papel de una decisión judicial es crucial, ya que puede permitir una mejor orientación en el debate democrático. En ese sentido, podría ser de gran valía un estudio sobre los efectos institucionales, y cuáles son los efectos en el proceso político democrático de los países donde haya una mayor apertura al activismo judicial.

Obviamente las sugerencias y observaciones aquí expuestas no pretenden ser exhaustivas, es necesario ampliar la lista de propuestas para que haya cambios en el poder judicial y este consiga, extrayendo todas las posibilidades del ordenamiento jurídico, responder de forma más eficiente a las demandas de la sociedad. Quizás encontraremos algunas de esas propuestas al estudiar la evolución del activismo judicial y su relación

⁶⁷¹ Luís Roberto Barroso. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2018, p. 104.

con el desarrollo de las sociedades, así como con la transparencia del poder judicial y el control de su actividad por la sociedad.

CONCLUSIONES

El fenómeno del protagonismo del poder judicial y el consecuente aumento del poder del juez que, de una forma u otra, ha tenido lugar en numerosos países occidentales, como en Estados Unidos, América Latina y Europa, sobre todo desde el final de la Segunda Guerra Mundial, ya puede ser considerado un camino sin vuelta. Esa expansión del poder judicial y el papel que asumieron los Tribunales Constitucionales en todos estos países muestran la necesidad de mejorar los mecanismos de control entre los poderes del estado para mejorar el propio sistema político y la democracia. Siendo los jueces y la propia Constitución protectores de la democracia y sus valores, los Tribunales pasaron a ser parte de la escena política y a tener que decidir sobre demandas relacionadas con las políticas públicas.

La crisis funcional y de representatividad de los poderes legislativo y ejecutivo ha contribuido para este protagonismo cada vez mayor del poder judicial, como una especie de último recurso para las demandas de la sociedad. Lo cierto es que después de la Segunda Guerra Mundial (ver entrevista con Dieter Grimm), las sociedades percibieron la importancia de un poder judicial independiente y fuerte para la preservación de los derechos fundamentales y de las instituciones democráticas. Es más, se comprendió que era necesario reformular el modo como se piensa y se ejecuta el derecho: por un lado, superando el formalismo jurídico y, por otro, haciendo uso de los valores y principios para construir soluciones justas para casos concretos.

Somos conscientes de que el problema del papel político del poder judicial en un gobierno representativo no es nuevo y se remonta al control de los magistrados en la Revolución Francesa para evitar que se restaurasen privilegios con base a la interpretación de las leyes, así como a los períodos posteriores a la primera y segunda guerra mundial. Por lo tanto, no hay que huir de esa problemática, sino solucionarla.

Desde luego, el activismo judicial trae consigo la discusión no solo sobre el rol y el comportamiento de los jueces, el modelo de sus decisiones o las controversias sobre la práctica judicial, sino también sobre cuál es el papel del poder judicial en la sociedad. Es cierto que quien se alinea al activismo judicial reconoce el poder judicial como un actor político, porque entiende que así la sociedad lo exige. En este sentido, si los tribunales judiciales son actores políticos, deben asumir su papel contaminándose de sociedad y escuchando las demandas populares. Deben, sobre todo apreciar la importancia de esta construcción de puentes, de ese estrechamiento de la relación entre derecho y sociedad,

entre derecho y el cambio de la realidad de las personas como un papel fundamental del poder judicial en los días actuales. El distanciamiento con la sociedad en general ya no tiene más cabida en la manera de ver el poder judicial actualmente. Obviamente, no estamos tratando de populismo judicial. No se trata de tomar decisiones populares por presiones indebidas, ni por formas populares que sustituyan las acciones del legislador, sino de tomar decisiones correctas, justas y que lleven en consideración las circunstancias y las demandas de la sociedad. El control social y la revisión por un segundo grado de jurisdicción siempre son garantías de que se actuó con la debida razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad.

Se ha objetado como un problema la posible pretensión de los jueces de usar el activismo judicial para dejar de adoptar lo que determina la ley para seguir su agenda ideológica propia. Parece razonable que pueda existir esta preocupación. Sin embargo, no se debe entender que el activismo judicial es eso, simplemente porque no lo es. La cuestión que hemos planteado y discutido aquí, en el fondo, trata de la necesidad de reconstrucción del derecho a través de esta postura activa, que tiene su fundamento en el ordenamiento jurídico, en la división de poderes y, tal y como alcanzamos a ver desde una perspectiva weberiana, en una historia adecuada de los poderes públicos del Estado que siempre han mantenido una relación con la expresión colectiva del poder ciudadano informal que puede ayudar en este proceso. Es de eso de lo que se trata.

La idea principal es cambiar la autocomprensión y la praxis del derecho, porque las transformaciones ocurridas en las sociedades ya no son compatibles con un poder judicial cerrado y aislado. Urge encontrar un modelo que permita caminar juntos a un poder judicial que defienda y haga valer los derechos y garantías fundamentales, y una división de poderes que valore la cooperación entre ellos. Y cuando hablamos de progreso en el derecho, es importante tener en cuenta que la pretensión del «deber ser» no puede ser simbólico, porque es un mandato constitucional. Y es aquí donde entra la herramienta del activismo judicial: para hacer valer los derechos fundamentales y garantías constitucionales, siendo por eso mismo un síntoma de salud democrática, que es lo que el republicanismo busca por encima de cualquier otra finalidad.

Además, el supuesto «déficit democrático del poder judicial» por el hecho de que los jueces no sean elegidos directamente por los ciudadanos no tiene eco, en la medida en que la potestad jurisdiccional es atribuida por la propia Constitución, que es la expresión máxima de la voluntad popular, y que el poder de los jueces, como todo poder político, es también representativo, porque es ejercido en nombre del pueblo y debe responder a la

sociedad. Por eso mismo, no hay que hablar de superioridad del poder judicial sobre el legislativo, sino más bien que el poder del pueblo, el poder ciudadano, es superior a ambos y es del que emanan si quieren ser legítimos.

Como hemos intentado demostrar, la base del activismo judicial está en el contenido material de los derechos y garantías fundamentales, así como en los valores y principios jurídicos consagrados en la Constitución y en los textos legales internacionales, que, teniendo carácter normativo y vinculante para todos los poderes públicos, deben ser concretados. El activismo judicial es utilizado, sobre todo, para esta importante tarea de hacerlos efectivos en la vida práctica de las personas, como evolución inequívoca desde la justicia a lo justo. Busca, como un concepto político que es, encontrar la proporcionalidad entre su dimensión de índice – que nos informa de la realidad social - y su dimensión de factor – que, de manera efectiva, genera dinámicas políticas. La Constitución es, por así decir, al mismo tiempo, su vector orientativo y su límite inexpugnable. Hay que traer a discusión el sesgo normativo del activismo judicial, porque los derechos fundamentales deben poseer una fuerza normativa que conduzca a su exigibilidad y la última posibilidad de alcanzar su concreción es atribuida al poder judicial. Por eso, es importante que se comprenda que el activismo judicial no trata de una especie de voluntariado, sino de una herramienta que busca concretar las promesas constitucionales. Lo que el activismo judicial intenta hacer es concretar los derechos y garantías que las normas han reconocido en abstracto.

Recordemos que en una democracia constitucional las construcciones jurídicas, políticas y sociales caminan lado a lado y el poder judicial puede, y debe, estar al tanto de la práctica política y dar voz a las aspiraciones sociales, a las fuerzas sociales que buscan una mejor comprensión de la sociedad civil y de la propia historia como parte de un proceso único. El poder judicial no debe alejarse de los escenarios políticos y sociales, sino más bien debe abrir un camino para aproximarse. Esa postura proactiva, osada, prudente y dialogante, ya no mecanicista y todavía menos formalista, de los jueces y los tribunales, es una imposición de los tiempos actuales. Y no hay marcha atrás con relación a esto, por el simple hecho de que el derecho no puede seguir disociado de la realidad social y al margen de sus problemas y necesidades. Sin embargo, obviamente, no se pretende con eso transformar el poder judicial en un representante de la sociedad, cuando sabemos que la representación popular es papel del legislativo. Se trata de que el poder judicial asuma su papel de guardián de la Constitución, con la preocupación permanente de tonarla efectiva y, que si hay fallos en la actuación de esta representación, que él pueda

corregir ese vacío y servir de «representación argumentativa»⁶⁷² de la sociedad. Urge, por lo tanto, reflexionar sobre cuál sería la mejor combinación entre derecho y política, así como la relación de cooperación del poder judicial y los otros poderes.

El caso juzgado en el Tribunal de Justicia de São Paulo, que trataba de la obligación del municipio de dicha ciudad de crear como mínimo 150 mil nuevas plazas en guarderías y escuelas infantiles para niños y niñas de hasta cinco años, entre los años de 2014 y 2016, ilustra el tema de la judicialización de la política pública y, al mismo tiempo, es un ejemplo emblemático de activismo judicial. Es judicialización, porque, de alguna manera, muestra esta crisis democrática y el descrédito de las instituciones políticas y sus responsables frente al protagonismo del poder judicial, que es llamado a solucionar precisamente un tema que es responsabilidad de los políticos. Y es activismo judicial, porque claramente la postura del poder judicial no es de autocontención, sino más bien de una interpretación proactiva de la Constitución con el objetivo de viabilizar la concreción de los derechos fundamentales; en este caso, el derecho a la educación. Aquí, el efecto de la intervención judicial en lo político no fue solo deseable (por la sociedad que se ha beneficiado con la creación de las guarderías y las asociaciones de protección a la infancia de ese municipio), sino que fue derivado de un proceso democrático en que la última solución para resguardar los derechos fundamentales es el poder judicial.

El nuevo constitucionalismo, de alguna forma, nos ha hecho repensar la propia ubicación de los derechos fundamentales, ya que defiende la idea de su omnipresencia no solamente en la Constitución o en un ámbito específico, sino en todo el ordenamiento jurídico, en los diferentes ámbitos, público y privado (como hemos visto en el caso *Lüth*), y, por lo tanto, en toda la vida política y social de las sociedades. Y eso ha sido posible a través de las Cortes Supremas, fruto de la interpretación jurídica.

Es importante recordar que revitalizar los conceptos y promover los cambios en actuaciones socio-político-jurídicas es resultado de extensos y difíciles períodos para reorganizar sus instituciones con objetivo de ser más efectivas y poder honrar sus compromisos con la sociedad, pero eso no puede ser motivo para dejar de hacerlo, sino todo lo contrario, debe ser razón suficiente para que empecemos ya. Pues sin esa

⁶⁷² Expresión de Robert Alexy. Véase *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

actividad, no tendrá un sentido moderno la independencia del poder judicial. Sin embargo, como vimos, el tema de la independencia judicial es medular para que el estado social y democrático de derecho funcione de una forma eficaz y efectiva. En efecto, hemos indicado que el modelo clásico de división de poderes de Montesquieu necesita ser replanteado para responder a la complejidad y la pluralidad de las sociedades contemporáneas, ya que fue elaborado en una época en que se estaba desmontando el poder absoluto de la monarquía y repartiéndolo entre diversas entidades, cuidando de que ninguna de ellas llegara a acumular más poder del necesario, y donde la participación real del pueblo era muy limitada e indirecta, una situación muy distinta de la que tenemos actualmente en las democracias constitucionales

En este nuevo contexto, los jueces son unos actores más en el escenario político y, por lo tanto, tienen poder político e influencia en la escena política. Partiendo de esta perspectiva, hemos visto como los tribunales constitucionales de los países en estudio aprovecharon sus oportunidades con gran eficacia para convertirse en instituciones protagonistas, en actores clave en el proceso de transformación de la sociedad. Eso es activismo judicial y, ese proceso debe seguir, siempre con responsabilidad.

Nótese que el juez no legitima sus decisiones sobre mayorías democráticas. El juez no tiene que vincularse a mayorías democráticas ni a corrientes mayoritarias de la opinión pública. No hablamos de que el juez tenga que ser pasivo como representante político. De lo que hablamos es que el juez tiene que escucharlas y tiene que estar en condiciones de tenerlas en cuenta en sus sentencias, de argumentarlas, pero eso no significa seguirlas obligatoriamente. El activismo judicial no es otra forma de representación política mayoritaria. Es otra forma de tener en cuenta el estado de opinión y el estado de sensibilidad de la población y de contrastarlo con las leyes, de tal manera que de este contraste con las leyes se pueda extraer una pedagogía de las masas, una clara argumentación jurídica acerca de la necesidad de cambiar las leyes, y se pueda generar una presión hacia los demás poderes públicos para que sean conscientes de que hay un problema social, un problema social que no necesariamente se tiene que resolver siguiendo estas percepciones que responden a los fundamentos mismos del orden social expresados en el texto constitucional. Se puede resolver cambiando esas percepciones o se puede resolver cambiando leyes. Lo que se dice mediante esta relación entre el poder ciudadano informal y el poder judicial es que en las sentencias no solo entra el cuerpo de la ley, sino que también entra el estado de la opinión pública, en la medida en que responde a una interpretación material de lo que significan los preceptos constitucionales

últimos. En qué sentido se haga, esta valoración le corresponde al juez, que debe argumentarlo en su decisión. Sin embargo, hay que argumentarlo y no ignorarlo. Esto no quiere decir, por lo tanto, que el activismo judicial implique una unanimidad del poder judicial o implique un posicionamiento homogéneo en el poder judicial. Implica el posicionamiento de poderes, conocedores de la ley, respecto a problemas sociales percibidos como tales por la opinión pública. Sin embargo, siempre teniendo en cuenta las divergencias, las posiciones contrarias y los diferentes criterios por parte de los jueces.

A mi modo de entender, hay una estrecha conexión entre esa sensibilidad hacia los problemas sociales y la percepción de legitimidad del poder judicial. Siendo la justicia una parte del sistema político que desempeña un servicio público de extrema relevancia y de importancia estratégica, es fundamental escuchar las demandas de la sociedad para que haya una percepción ciudadana de que no se trata de una institución aislada, lejana, mecanicista con una desatención sistemática hacia los problemas de la ciudadanía. Lo contrario, afectaría, a largo plazo, a la legitimidad de esta institución, a la confianza y credibilidad social que el poder judicial merece.

Hay que reflexionar sobre la práctica judicial en el sentido de facilitar ese diálogo entre el poder ciudadano informal y el poder judicial y extraer de eso un mayor compromiso en responder a las necesidades reales de la sociedad. En este sentido, tanto el activismo judicial como la escucha del poder ciudadano informal fortalecen el papel social del aparato judicial para garantizar el debido respecto a los derechos fundamentales.

A modo de conclusión, los principales argumentos a favor del activismo judicial, del modo que hemos expuesto aquí, son la concreción de los derechos fundamentales y la propia idea de democracia y de justicia material. Podemos afirmar, clara y contundentemente, que las transformaciones sociales y la complejidad de las sociedades actuales exigen un cambio importante en la propia dinámica del derecho, que tiende a una racionalización material, conectada a la esencia misma de la justicia, dando lugar al papel creativo de los jueces en su actividad jurídica.

CONCLUSIONS

The phenomenon of the protagonism of the judicial power and the consequent increase in the power of the judge that, in one way or another, has taken place in many Western countries, such as the United States, Latin America and Europe, especially since the end of the Second World War, can already be considered a one-way path. This expansion of the judiciary and the role assumed by Constitutional Courts in all these countries show the need to improve the mechanisms of control between the powers of the state to improve the political system itself and the democracy. Being the judges and the Constitution itself protectors of democracy and its values, the Courts became part of the political scene and have to decide on demands related to public policies.

The functional and representativeness crisis of the legislative and executive power has contributed to this growing role of the judiciary, as a kind of last resort for the demands of society. The truth is that after the Second World War (see interview with Dieter Grimm), societies perceived the importance of an independent and strong judicial power for the preservation of fundamental rights and democratic institutions. Moreover, it was understood that it was necessary to reformulate the way in which law is thought and executed: on the one hand, overcoming legal formalism and, on the other, making use of values and principles to build fair solutions for specific cases.

We are aware that the problem of the political role of the judiciary in a representative government is not new and goes back to the control of the magistrates in the French Revolution to prevent the restoration of privileges based on the interpretation of the laws, as well as the periods after the first and second world war. Therefore, we should not flee from this problem, but solve it.

Of course, judicial activism brings with it the discussion not only about the role and behavior of judges, the model of their decisions or the disputes about judicial practice, but also about the role of the judiciary in society. It is true that those who align themselves with judicial activism recognize the judicial power as a political actor, because they understand that society demands it. In this sense, if judicial tribunals are political actors, they must assume their role becoming saturated of society and listening to popular demands. They must, above all, appreciate the importance of building bridges, of narrowing the relationship between law and society, between law and the change of the reality of people as a fundamental role of the judicial power in current days. The distance from society in general no longer has any place in the way of seeing the judicial power

nowadays. Obviously, we are not dealing with judicial populism. It is not about making popular decisions, because of undue pressures, nor popular forms that replace the actions of the legislator, but to make correct, fair decisions that take into consideration the circumstances and demands of society. Social control and review by a second degree of jurisdiction are always guarantees that we acted with due reasonableness, proportionality and rationality.

The possible pretension of judges to use judicial activism to stop adopting what the law determines in order to follow their own ideological agenda has been objected as a problem. It seems reasonable that this concern may exist. However, one should not understand that judicial activism is that, simply because it is not. The question that we have raised and discussed here, in the end, deals with the need to reconstruct the law through this active position, which has its foundation in the legal order, in the division of powers and, as we see from a Weberian perspective, in an adequate history of the public powers of the State that have always maintained a relationship with the collective expression of informal citizen power that can help in this process. That is what it is about.

The main idea is to change the self-understanding and the praxis of the law because the transformations that occurred in societies are no longer compatible with a closed and isolated judicial power. It is urgent to find a model that allows walking together to a judicial power that defends and enforces the fundamental rights and guarantees, and a division of powers that values the cooperation among them. And when we speak of progress in law, it is important to bear in mind that the claim of «must be» cannot be symbolic, because it is a constitutional mandate. And this is where the tool of judicial activism comes in: to enforce fundamental rights and constitutional guarantees, being therefore a symptom of democratic health, which is what republicanism seeks over any other purpose.

In addition, the alleged «democratic deficit of the judiciary» due to the fact that judges are not directly elected by citizens has no echo, to the extent that the jurisdictional power is attributed by the Constitution itself, which is the maximum expression of the popular will, and that the power of judges, as any political power, is also representative, because it is exercised in the name of the people and must respond to society. For that reason, we must not speak of superiority of the judicial power over the legislative, but that the power of the people, the citizen power, is above both of them and from which both emanate if they want to be legitimate.

As we have tried to demonstrate, the basis of judicial activism lies in the material content of fundamental rights and guarantees, as well as in the values and legal principles enshrined in the Constitution and in international legal texts, that, having a normative and binding nature for all public powers, must be specified. Judicial activism is used, above all, for this important task of making them effective in the practical life of people, as unequivocal evolution from justice to fair. It seeks, as a political concept, to find proportionality between its index dimension - which informs us of social reality - and its factor dimension - that effectively generates political dynamics. The Constitution is, so to speak, at the same time, its guiding vector and its impregnable limit. The normative bias of judicial activism must be brought to the discussion because fundamental rights must possess a normative force that leads to their enforceability and the last possibility of achieving their concretion is attributed to the judicial power. For this reason, it is important to understand that judicial activism is not about a kind of volunteering, but about a tool that seeks to concretize constitutional promises. What judicial activism tries to do is to specify the rights and guarantees that the norms have recognized in the abstract.

Recall that in a constitutional democracy legal, political and social constructions walk side by side and the judiciary can, and must, be aware of the political practice and give voice to social aspirations, to social forces seeking a better understanding of civil society and of one's own history as part of a unique process. The judiciary should not move away from the political and social scenarios, but rather should open a path to approach. This proactive, bold, prudent and dialoguing attitude, no longer mechanistic and even less formalistic, of judges and courts is an imposition of the current times. And there is no turning back in relation to this, for the simple fact that the law cannot continue to be dissociated from social reality and apart from its problems and needs. But obviously, it is not intended to transform the judicial power into a representative of the society, when we know that popular representation is the role of the legislative. The idea is that the judiciary assumes its role as guardian of the Constitution, with the permanent concern of making it effective and, if there are flaws in the performance of this representation, that he can correct that void and serve as «argumentative representation»⁶⁷³ of the society. It

⁶⁷³ Expression of Robert Alexy. See *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

is urgent, therefore, to reflect on what would be the best combination of law and politics, as well as the cooperative relationship of the judiciary and the other powers.

The case judged in the Court of Justice of São Paulo, that dealt with the obligation of the municipality of that city to create at least 150 thousand new places in kindergarten and nursery schools for children up to five years, between the years of 2014 and 2016, illustrates the issue of the judicialization of public policy and, at the same time, is an emblematic example of judicial activism. It is judicialization, because, in some way, it shows this democratic crisis and the discredit of political institutions and their leaders compared with the protagonism of the judicial power, which is called upon to solve precisely an issue that is the responsibility of politicians. And it is judicial activism, because clearly the position of the judicial power is not one of self-containment, but rather of a proactive interpretation of the Constitution with the aim of making viable the realization of fundamental rights; in this case, the right to education. Here, the effect of the judicial intervention on politics was not only desirable (for the society that has benefited from the creation of nurseries and child protection associations of that municipality) but was derived from a democratic process in which the last solution to safeguard fundamental rights is the judiciary.

The new constitutionalism, in some way, has made us rethink the proper location of fundamental rights, since it defends the idea of its omnipresence not only in the Constitution or in a specific area, but in the entire legal system, in different areas, public and private (as we have seen in the *Lüth* case), and, therefore, throughout the political and social life of societies. And that has been possible through the Supreme Courts, the result of legal interpretation.

It is important to remember that revitalizing concepts and promoting changes in social-political-legal acts is the result of long and difficult periods to reorganize their institutions in order to be more effective and honor their commitments to society, but that cannot be a reason to stop doing it, but quite the contrary, it must be enough reason for us to start now. Because without that activity, the independence of the judiciary will not have a modern meaning. However, as we have seen, the issue of judicial independence is essential for the democratic and social state of law to function effectively and efficiently. In effect, we have indicated that Montesquieu's classic model of division of powers needs to be reconsidered in order to respond to the complexity and plurality of contemporary societies, since it was elaborated at a time when the absolute power of the monarchy was being dismantled and distributed among different entities, taking care that none of them

could accumulate more power than necessary, and where the real participation of the people was very limited and indirect, a situation very different from what we currently have in constitutional democracies

In this new context, judges are other actors in the political arena and, therefore, have political power and influence in the political scene. Starting from this perspective, we have seen how the constitutional courts of the countries under study took advantage of their opportunities with great efficiency to become protagonist institutions, key actors in the process of transformation of society. That is judicial activism and, that process must go on, always with responsibility.

Note that the judge does not legitimize his decisions on democratic majorities. The judge does not have to be linked to democratic majorities or majority currents of public opinion. We are not talking about the judge having to be passive as a political representative. What we are talking about is that the judge has to listen to them and has to be able to take them into account in their sentences, to argue them, but that does not necessarily mean to follow them. Judicial activism is not another form of majority political representation. It is another way of taking into account the state of opinion and the state of sensitivity of the population and of contrasting it with the laws, in such a way that from this contrast with the laws can be extracted a pedagogy of the masses, a clear legal argument about the need to change laws, and a pressure can be generated towards the other public powers to be aware that there is a social problem, a social problem that does not necessarily have to be solved following these perceptions that respond to the very foundations of the social order expressed in the constitutional text. It can be resolved by changing those perceptions or it can be resolved by changing laws. What it is said by this relationship between informal citizen power and the judiciary is that not only the body of the law enters the verdicts, but also the state of public opinion, insofar as it responds to a material interpretation of what the ultimate constitutional precepts mean. In what sense it is done, this assessment corresponds to the judge, who must stipulate the reasoning in his decision. But you have to argue it out and not to ignore it. This does not mean, therefore, that judicial activism implies the unanimity of the judiciary or implies a homogenous position in the judiciary. It implies the positioning of powers, knowing the law, regarding social problems perceived as such by public opinion. However, always taking into account the divergences, contrary positions and different criteria of the judges.

To my way of understanding, there is a close connection between that sensitivity towards social problems and the perception of legitimacy of the judiciary. Being the

justice one part of the political system that plays a public service of extreme relevance and strategic importance, it is essential to listen to the demands of the society so that there is a citizen perception that it is not an isolated, remote, mechanistic institution with a systematic neglect of the problems of citizenship. The opposite would affect, in the long term, the legitimacy of this institution, the trust and social credibility that the judicial power deserves.

We must reflect upon the judicial practice in the sense of facilitating this dialogue between the informal citizen power and the judiciary and extract from that a greater commitment to respond to the real needs of society. In this sense, both judicial activism and listening to informal citizen power strengthen the social role of the judicial system to guarantee due respect to fundamental rights.

In conclusion, the main arguments in favor of judicial activism, in the way we have presented it here, are the concretion of fundamental rights and the idea of democracy and material justice. We can affirm, clearly and convincingly, that social transformations and the complexity of current societies demand an important change in the dynamics of law itself, that tends to a material rationalization, connected to the very essence of justice, giving rise to the creative role of the judges in their legal activity.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACKERMAN, Bruce. *La Justicia Social en el Estado Liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *La nueva división de poderes*. Traducción José Manuel Salazar. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

_____. *We the people I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Título original: *We the people I. Foundations*, Harvard, 1993. Traductor Josep Sarret Grau. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales de Ecuador, 2015.

_____. *The decline and fall of the American Republic*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

AGRA ROMERO, María Xosé [et al]. *En torno a la justicia: las aportaciones de Aristóteles, el pensamiento español del XVI, J. S. Mill, la fenomenología y Rawls*. La Coruña: Eris, 1999.

AGUIAR, Roberto A. R. De. *A Crise da Advocacia no Brasil. Diagnóstico e perspectivas*. São Paulo: Alfa Omega, 1999.

AGUIAR DE LUQUE, Luis (Editor). *Independencia Judicial y Estado Constitucional. El gobierno judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

ALEXANDER, John M. *Capabilities and Social Justice. The Political Philosophy of Amartya Sen and Martha Nussbaum*. England: Ashgate, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *La doble naturaleza del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2016.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoande, Eduardo Roberto Soderó, Pablo Rodríguez y Alfonso Ballesteros. Granada: Editorial Comares, 2016.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Edición Bilingüe y traducción por María Araujo y Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*. Biblioteca Clásica Gredos. Traducción Julio Pallí Bonet. Madrid: Editorial Gredos, 2000.

_____. *Política*. Edición bilingüe y traducción de Julián Marías. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ASENSIO, Rafael Jiménez. *Los frenos del poder. Separación de poderes y control de las instituciones*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

BARAK, Aharon. *The Judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

_____. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum conhecimento jurídico, 2018.

BARRY, Brian. *La teoría liberal de la justicia. Examen Crítico de las principales doctrinas de Teoría de la justicia de John Rawls*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2005.

BISSIÈRES, Álvaro Pezoa. *Política y economía en el pensamiento de John Locke*. Pamplona: Universidad de Navarra, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Traducción Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Debate, 1990.

_____. *Locke y el derecho natural*. Valencia: Tirant Humanidades, 2017.

_____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Traducción Alfredo Fait. Brasília: UNB, 1997.

_____. *El tiempo de los Derechos*. Madrid: Editorial Sistema, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOUTMY, E. DOUMERGUE, E. JELLINEK, G. y POSADA, A. *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Edición preparada por Jesús González Amuchastegui. Madrid: Editora Nacional, 1984.

BLANCO, Pablo Izquierdo; PICÓ I JUNOY, Joan; DOMÉNECH, Federico Adán (Dtores.). *Manual de Actuaciones Frente a la ejecución hipotecaria inminente. Oposición a la ejecución hipotecaria. Textos legales. Comentarios. Formularios. Jurisprudencia. Bibliografía*. Barcelona: Wolters Kluwer, 2017.

BLOOM, Allan. *Gigantes y Enanos. Interpretaciones sobre la historia sociopolítica de Occidente*. (Título original: *Giants and Dwarfs*, 1990). Traducción Alberto L. Bixio. Buenos Aires: Gedisa editorial, 1991.

BREUER, Stefan. *Burocracia y Carisma. La sociología política de Max Weber*. Traducción Jorge Navarro Pérez. Valencia: Alfons El Magnànim, 1996.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Traducción Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ejea, 1960.

CALLEJÓN, Francisco Balanguer (Coord.). *Manual de Derecho Constitucional*. Vol. 1. Madrid: Tecnos, 2016.

CAMPBELL, Tom. *La justicia: los principales debates contemporáneos*. Traducción de Silvina Álvarez. Barcelona: Gedisa, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas*. Interesse público, v. 4, n. 16, p. 49-63, out./dez. de 2002. Disponible en: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/364>. Acceso el 15 de mayo de 2013.

CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y División de poderes hoy*. Madrid: Ciudad Argentina, 2002.

CORWIN, Edward S. *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*. Argentina: Editorial Fraterna, 1978.

CRISTÓBAL, Rosario Serra. *La selección de jueces en Estados Unidos*. Navarra: Thomson Reuters (legal), Editorial Aranzadi, 2011

DAWSON, Mark; DE WITTE, Bruno; MUIR, Elise (Editors). *Judicial Activism at the European Court Justice*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013.

DOYLE, Kelly R. *Constitutional Inquiries. The doctrine of Constitutional Avoidance and the Political Question Doctrine*. New York: Nova Science Publidhers, Inc., 2015.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 2012.

_____ *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa, 2008.

DULCE, María José Fariñas. *La sociología del Derecho de Max Weber*. Madrid: Civitas, 1991.

FALCÓN Y TELLA, María José. *Equidad, Derecho y Justicia*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Teoría del derecho y de la democracia*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.

_____ *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, R. Cantarero, J. Terradillos y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2001.

FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Um novo processo civil*. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Los mandatos de la justicia*. Ensayos sobre Derecho y derechos humanos. Madrid: Marcial Pons, 2013.

FREUND, Julien. *Sociología de Max Weber*. Traducción de Alberto Gil Novales. Barcelona: Ediciones península, 1986.

GARAPON, Antonie. *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*. Traducido del francés por Manuel Escrivá de Romaní. (Título original: *Le Gardien des Promesses. Justice et démocratie*. París: Etions Dile Jacob, 1996). Madrid: Flor del Viento Ediciones, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 1999.

GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La Función de los Jueces: Contexto, Actividades e instrumentos*. Navarra: Aranzadi, 2014.

GIDDENS, Anthony. *Capitalism and modern social theory: an analysis of the writings of Marx Durkheim and Max Weber*. Cambridge University Press, 1971.

GONZÁLEZ VICÉN, Felipe. “Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”. En *Anuario de Filosofía del Derecho, Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política*. Ministerio de Justicia y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (ed.), 1961. Disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/anuario.php?id=F_1961_ANUARIO_DE_FILOSOF%C3%83%82%20DEL_DERRECHO, acceso el 16 de octubre de 2016.

GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patricia. *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*. Traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azua. Bogotá: Taurus, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

_____ “Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa”, en *Polis Revista Latinoamericana*, 10 (2005). Disponible en: <http://polis.revues.org/7473>. Acceso el 2 de mayo 2013.

_____ “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?”, en *Revista Doxa* nº 5. Alicante: Universidad de Alicante. 1988, pp. 21-45.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961; v. e. *El concepto del Derecho*. Traducción Genaro R. Carrio. México: Editorial Nacional, 1980.

HAWKINS, Keith. *The Use of Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

HELLER, Hermann. *El sentido de la política y otros ensayos*. Traducción Maxmiliano Hernandez Marcos y Encarnación Vela Sánchez. Prólogo de Massimo La Torre. Colección Pretextos. Valencia, 1996.

_____ *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. Traducción y estudio preliminar de Mario de la Cueva. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

_____ *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. England: Harvard University Press, 2007.

HUMMEL, Siri; HEIN, Michael; GEISLER, Antonia (eds.) *Law, Politics and the Constitution. New Perspectives from Legal and Political Theory*. Frankfurt am Main: Academic Research, 2014.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.

_____ *El Juez. En El Oficio de Jurista*. Luis María Díez-Picazo (coord.). Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2006,

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (título original *Allgemeine staatslehre*, Heidelberg, 1900). Traducción española y prólogo de Fernando de los Ríos Urruti. Granada: Editorial Comares, 2000.

_____. *Reforma y mutación constitucional*. Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdu. Traducción Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. *Fragmentos de Estado*. Traducción de Michael Förster, Miguel Herrero de Miñón y José Carlos Esteban. Madrid: Editora Civitas, 1981.

LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza, 2002.

_____. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Aguilar, 1981.

LUQUE, Pau. *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

KANT, Immanuel. *La Paz Perpetua*. Trad. Joaquín Abellán. Madrid: Tecnos, 1985.

_____. *La Metafísica de las Costumbres*. Traducción Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Traducción Manuel García Morente. Madrid: Espasa-Calpe, 1980

_____. *Ideas para una historia en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*. Estudio preliminar de Roberto Rodríguez Aramayo. Traducción de Concha Roldan Panadero y Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid: Tecnos, 1994.

KELSEN, Hans. *¿Qué es Justicia?* Barcelona: Editorial Ariel, 2001.

_____. *Teoría pura del derecho: introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Traducción Reine Rechtslehre. Madrid: Trotta, 2011.

MACHADO, Santiago Muñoz Machado. *La reserva de jurisdicción*. Madrid: La Ley, 1989.

- MALEM, Jorge; Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo. *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona, Gedisa, 2003.
- MEJÍAS, Manuel Gámez. *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las constituciones parlamentarias*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.
- MCCARTHY, Thomas. *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas*. Madrid: Tecnos, 1992.
- MONREAL, Antoni (editor). LANDÍN, Manuel Gerpe; ARAUJO, Joan Oliver; CONDE, Enrique Álvarez. *La división de poderes: el poder judicial*. Barcelona: Institut de Ciències Politiques i Socials Universitat de Lleida, 1996.
- NAVAS, Francisco José Sospedra. *Justicia Constitucional y procesos constitucionales*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2011.
- NOZICK, R. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.
- NUSSBAUM, M. *Las fronteras de la Justicia*. Barcelona: Paidós, 2007.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús y SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel. *Independencia judicial y consejos de la judicatura y magistratura. Europa, Estados Unidos e Iberoamérica*. Barcelona: Atelier, 2015.
- PLATÓN. *La República o El Estado*. Edición Miguel Candel. Madrid: Espasa Calpe, 1993.
- POSNER, Richard. *Problemas da filosofia do direito*. Traducción Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Cómo deciden los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- QUISPE, Jorge Alexander Portocarrero. *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- RAWLS, John. *Justicia como equidad*. Selección, traducción y presentación a cargo de M. A. Rodilla. Madrid: Tecnos, 2002.
- _____. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

RAZ, Joseph. *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Darío. *Historia da filosofia*. Tradução Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003.

REGUEIRO GARCÍA, Maria Teresa y GIMENO SENDRA, Vicente (Coord.). *Nuevas tendencias en la interpretación de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Universitas, S.A, 2015.

REYES, Manuel Aragón. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

RITTER, Joachim. *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Band 3: G-H. Basel/Stuttgart: Schwabe & Co, 1974.

RUIZ, Ramón Ruiz. *Discrecionalidad judicial, justicia constitucional y objeción contramayoritaria*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2016.

SANDEL, Michel J. *Justice. What's the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.

SATISTEBAN, Xabier Arzoz. *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2014.

_____. *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015.

SCHMITT, Carl. *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934). v.e. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero. Madrid: Techos, 1996.

_____. *Der Begriff des Politischen*, vol. 58, 1, 1927, págs. 1-33, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. (*Der Begriff des Politischen*, Hamburgo, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933). *El concepto de lo Político, Madrid, Alianza, 1991*.

_____. *Legalität und Legitimität*, Múnich, Duncker & Humblot, 1932. *Legalidad y Legitimidad*. Traducción Cristina Monereo Atienza. Granada: Editorial Conares, 2006.

_____. *La defensa de la Constitución*. Traducción Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *Posiciones ante el derecho*. Edición, estudio preliminar, traducción y notas de Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 2012.

SEGURA ORTEGA, Manuel. *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*. Francisco Puy Muñoz (coord.), Santiago de Compostela 2002.

_____. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.

SEN, Amartya Kumar. *Capacidad y Bienestar*. Disponible en http://www.eumed.net/cursecon/economistas/textos/Sen-capacidad_y_bienestar.htm. Acceso el 26 de abril 2016.

_____. *Desarrollo y libertad*. Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia. Madrid: Editorial Planeta, 2000.

_____. *La idea de la Justicia*. Traducción Hernando Valencia Villa. Madrid: Taurus Pensamiento, 2010.

SIEDER, Rachel; SCHJOELDEN, Line, ANGELL, Alan Angell (editors). *The Judicialization of Politics in Latin America*. England: Palgrave Macmillan, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOLOMON, Robert C.; MURPHY, Mark C. *What is Justice? Classic and Contemporary Readings*. New York: Oxford University Press, 2000.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *As tensões da Modernidade*. Disponible en: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1325792284_As%20tensões%20da%20Modernidade%20-%20Boaventura%20de%20Sousa%20Santos.pdf. Acceso el 1 de mayo 2016.

_____. *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trotta, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte*. Disponible en: <http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>. Acceso el 10 de noviembre 2016.

_____. *Deconstructing the Models of Judges: Legal Hermeneutics and Beyond the Subject-Object Paradigm*. University of Nevada, Las Vegas 26/10/2010. Disponible en: <http://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=nlj>. Acceso el 10 de noviembre 2016.

_____. “O ativismo existe ou é imaginação de alguns?” en *Revista Conjur Jurídico* de 13/06/2013. Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>. Acceso el 26 de enero de 2016.

SERRANO, Rafael de Agapito. *Libertad y división de poderes*. Madrid: Tecnos, 1989.

SCHMITT, Carl; KELSEN, Hans. *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Traducción de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 2009.

TATE, C. Neal y VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*, volumen I. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales, en Constitución: escritos de introducción histórica*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

TURNER, Stephen P.; FACTOR, Regis A. *Max Weber: The Lawyer as Social Thinker*. London and New York: Routledge, 1994.

TUSHNET, Mark. *Red, White, and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza, 2006.

VELASCO, Juan Carlos. *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

VILE, M. J. C. *Constitucionalismo y Separación de Poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

VILLACAÑAS BERLANGA, José Luis. *Res Publica. Los fundamentos normativos de la política*. Madrid: Ediciones Akal, 1999.

_____. *Poder y Conflicto. Ensayos sobre Carl Schmitt*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2008.

_____. *Dificultades con la Ilustración*. Ensayo filosófico disponible en: http://alojoptico.us.es/Araucaria/nro21/ideas21_2.pdf. Acceso el 6 de junio de 2014.

VICEN, González. *Estudio preliminar a «Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia» de Austin*. Centro de Estudios Constitucionales. Colección Civitas. Madrid, 1981.

VILA, Marisa Iglesias. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

VON IHERING, Rudolf. *El fin del Derecho*. Pamplona: Analecta, D.L., 2005.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Título original: *Wirtschaft und Gesellschaft*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1993.

_____. *Crítica a Stammler y otros textos*. Edición y traducción a cargo de Javier Rodríguez Martínez. Madrid: CIS-BOE, 2009.

_____. *El Político y el Científico*. Título original: *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf*. Traductor Francisco Rubio Llorente. Madrid: Alianza Editorial, 1981.

_____. *Política y Ciencia y otros ensayos de sociología*. Traducción de Carlos Correas. Granada: Editorial Comares, S.L., 2013.

WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y Justicia material*. Traducción del alemán por Felipe González Vicén. Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2005.

WERNECK VIANNA, Luiz. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editoria Revan, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

Artículos

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *A função jurisdiccional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais*. Artículo escrito el 17/11/1995, con motivo de la conferencia impartida en la Escuela Superior de Magistratura de Rio Grande do Sul – AJURIS.

ALCARAZ RAMOS, Manuel. “La Complejidad y la incertidumbre en la globalización y sus efectos sobre la representación y la participación política”, en *Revista Catalana de Dret Públic*. Nº 38, 2009, pp. 247-272. Acceso el 10/11/2016. Véase en <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/viewFile/2182/n38-alcaraz-es.pdf>

ANSOLABEHERE, Karina. En “Jueces, política y Derecho: particularidades y alcance de la justicia”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, nº 22, abril 2005, pp. 39-65.

BOROWSKY, M. «Artikel 53», en Meyer, J. (dir). “Charta der Grundrechte der Europäischen Union”, 3ª. Ed. Nomos/Helbing Lichtenhahn/facultas-wuv, Baden-Baden/Basilea/Viena, 2011, p. 712. En Xabier Arzoz Santisteban. *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2015, p. 37.

HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín. “Las implicaciones constitucionales del incumplimiento del deber de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (una aproximación “post-Lisboa”)”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 39, 2011, pp. 375-412.

CANON, Bradley C. "Defining the dimensions of Judicial Activism. Judicature". Volumen 66. Nº 6. Diciembre-enero, 1983, pp. 236-247. Acceso el 13/10/2017. *Law Journal Library*. <http://0-heinonline.org.cisne.sim.ucm.es/>

DAWSON, Mark. "The political face of judicial activism: Europe's law-politics imbalance", en *Judicial Activism at the European Court Justice*. Mark Dawson, Bruno de Witte y Elise Muir. (Editors) Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013. pp. 11-31.

GUTIÉRREZ, Pilar Garrido. "¿Para que una constitución? Los desahucios a la luz del derecho constitucional a una vivienda digna. Apuntes sobre algunas estrategias defensivas", en *Constitucionalismo Crítico*. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín. Miguel Ángel García Herrera; José Asensi Sabater y Francisco Balanguier Callejón (Coord.) Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 399-428.

GRIMM, Dieter. "Types of Constitutions" en Michel Rosenfeld y András Sajó (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: University Press, 2012, pp. 103-104.

GRIMMEL, Andreas. "Judicial Interpretation or Judicial Activism? The Legacy of Rationalism in the Studies of European Court of Justice" en *European Law Journal*, Vol. 18. nº 4, Julio 2012, pp. 518-535.

HASEN, Richard L. "A critical Guide to Bush vs. Gore Scholarship" en *Annual Review of Political Science*. nº 297, 2004, pp. 297-313.

HIRSCHL, Ran. "The Political Origins of the New Constitutionalism" en *Indiana Journal of Global Legal Studies* Vol. 11, número 1, artículo 4, 2004 pp. 71-108.

_____ "The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide" en *Fordham Law Review*, v. 75, nº. 2, 2006, pp. 721-753.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. "Innovaciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. A propósito de la garantía de los derechos fundamentales en respuesta a los cambios que conducen a la sociedad de la información". En *Nuevas tendencias en la interpretación de los Derechos Fundamentales*. Vicente Gimeno Sendra y María Teresa Regueiro García (Coord.). Madrid: Editorial Universitas, S.A, 2015, pp. 59-79.

PÉREZ TREMP, Pablo. “La jurisdicción constitucional y la integración europea” en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº. 29, 2009, pp. 19-48.

ROSADO IGLESIAS, Gema y DÍAZ, Ana Espinosa. “Independencia judicial y poder disciplinario. En Independencia Judicial y Estado Constitucional” en *El gobierno judicial*. Luis Aguiar de Luque (Ed.) Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 101-134.

SAFFON, María Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en los derechos sociales en Colombia”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, nº 1, enero-junio de 2011, pp. 75-107

SCHUCK, Peter H. “El poder judicial en una democracia”, *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, 2004. Papers. Paper 31. Véase en http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31. Acceso el 22/06/2017.

WALDRON, J. “The core of the Case Against Judicial Review” en *The Yale Law Journal* nº 115, 2006, pp. 1346-1360.

Sites

<http://www.europa.eu> - European Commission. *Press Release Database*. Acceso el 17/02/2017.

<http://www.poderjudicial.es> - *Declaración de Londres sobre la Deontología judicial*. Acceso el 25/02/2017.

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf - *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Acceso el 20/03/2017.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229 - *Constitución Española*. Acceso el 24/03/2017

<https://www.brasiljuridico.com.br>. Acceso el 26/03/2017. Artículo de Dirley da Cunha Júnior. *O Dogma da Separação das funções estatais no Estado Democrático de Direito: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes*.

<https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers>. Acceso el 12/04/2017. *Los ensayos federalistas*.

<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/04/02/joint-press-conference-president-obama-president-calderon-mexico-and-pri>. Acceso el 19/04/2017.

http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/149. Bruce Ackerman. *Storrs Lectures: Discovering the Constitution*. (1984). Faculty Scholarship Series. Paper 149. Acceso el 09/05/2017.

<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/approfondissements/separation-pouvoirs.html>. Acceso el 03/06/2017.

<http://www.journalofdemocracy.org/sites/default/files/Horowitz-17-4.pdf>. Acceso el 1 de octubre de 2017. Texto de Donald L. Horowitz. “On Constitutional Courts: A primer decision makers”, en *Journal of Democracy*. Vol. 17, nº 4, octubre 2006, pp. 125-137.

<http://derechoycambiosocial.pbworks.com/f/bourdieu%5B1%5D.pdf>. Acceso el 14/10/2017. Texto de Pierre Bourdieu. “The Force of Law: Toward a Sociology of Juridical Field”, en *The hastings Law Journal*. Vol. 38. Jul/1987, pp. 814-853.

ANEXOS

ENTREVISTAS REALIZADAS

DIALECTIC OF THE FORMAL AND MATERIAL RATIONALIZATION OF LAW

A philosophical analysis of the role of the judiciary
in social and political issues

The dynamic context of the XXI century and the contemporary conflicts in the social, political and economic arenas increasingly demand a philosophical reflection about the role of the judiciary in the transformation of the society and a material understanding of the idea of justice. Topics such as judicial activism (and its relationship to the judicialization of politics and the politicization of the Law) are discussed more frequently and extrapolated into academia.

Judicial Activism supposedly makes possible the creation of justice, expanding the meaning and scope of the Law with just the point of view of a Judge who establishes a precedent that may be used in the future. Judicial Activism has impacted Law and society in many countries, as in Brazil with the declaration that property and usage of land has a social function or in the USA with the declaration of unconstitutionality of racial segregation in schools. We could consider it an attitude, a choice of the judge when he or she is interpreting a constitutional purpose.

My study aims to expose and especially discuss the relationship between law and politics. It aims to better understand the relationship between law and the state, between law and policy, the policy objectives of the democratic rule of law and the limits of legislative role of the judiciary, as well as to understand the terms judicial activism, judicialization of politics and politicization of law and its relation to the separation of powers and constitutional interpretation.

The primary and immediate purpose of my research is to offer appreciation of the power and control of the courts in Germany, Brazil, Spain and the U.S. on policy issues in order to understand the phenomenon of Judicial Activism. I will discuss topics such as the separation of powers, mechanisms to monitor the judicial power, the role of the judiciary, positivism and the pure theory of the law, and whether it is possible or not a systematic formal logic away from any political or economic content.

Because of that your contribution is particularly valuable through this interview, and in order to share your knowledge and wisdom, we will use the questions below as a guide.

QUESTIONS FOR THE INTERVIEW

1. How do you think that judicial activism is perceived in your society?
2. Has the perception of the public about Judicial Activism the potential of affecting the view of the society about the capabilities of the legislative power?
3. Is Judicial Activism good or bad for the society? Why?
4. Do you think that Judicial Activism is appropriate for every society or are there some societies where it is inappropriate?
5. Is Judicial Activism just an easy way of filling the gaps between justice and law or is it a tool to make the fundamental rights effective using the figure of the judge?
6. Can you suggest criteria to discriminate between social activism by legitimate judges and personal activism that merely reflects ideological choices?
7. Do you think that it creates any problem for the division of powers of government in separate bodies? Is it time to rethink that division?
8. Can you think of appropriate relationships between judicial activism and legislative and executive power so that they promote cooperation between these two?
9. Is Judicial Activism the result of an ongoing evolution of societies? (In the Hegelian sense)
10. How do you think that it will evolve with the evolution of those societies?

DIALÉCTICA DE LA RACIONALIZACIÓN FORMAL Y MATERIAL DEL DERECHO

Un análisis filosófico de la función del poder judicial
en asuntos sociales y políticos

El contexto dinámico del siglo XXI y los conflictos contemporáneos en los ámbitos sociales, políticos y económicos demandan cada vez más una reflexión filosófica sobre el papel del poder judicial en la transformación de la sociedad y una comprensión material de la idea de justicia. Temas como el activismo judicial (y su relación con la judicialización de la política y la politización de la justicia) se discuten con más frecuencia y son extrapoladas a la academia.

El Activismo Judicial supuestamente hace posible la creación de justicia, ampliando el significado y el alcance de la Ley con solo el punto de vista de un juez que establece un precedente que puede ser utilizado en el futuro. El Activismo Judicial ha impactado la Ley y la sociedad en muchos países, como en Brasil, con la declaración de que la propiedad y el uso de la tierra tienen una función social o en los Estados Unidos con la declaración de inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas. Podríamos considerarlo una actitud, una elección del juez cuando él o ella está interpretando un propósito constitucional.

Mi estudio tiene como objetivo exponer y sobre todo hablar de la relación entre derecho y la política. Su objetivo es comprender mejor la relación entre la ley y el Estado, entre la ley y la política, los objetivos de la política del Estado democrático de derecho y los límites de la función legislativa del poder judicial, así como entender los términos activismo judicial, judicialización de la política y politización de la justicia y su relación con la separación de poderes y la interpretación constitucional.

El propósito principal e inmediato de mi investigación es entender la importancia del poder y el control de los tribunales de Alemania, Brasil, España y Estados Unidos sobre cuestiones políticas con el fin de comprender el fenómeno del Activismo Judicial. Voy a discutir temas como la separación de poderes, mecanismos para vigilar al poder judicial, el papel del poder judicial, el positivismo y la teoría pura del derecho, y si es posible o no una lógica formal sistemática lejos de cualquier contenido político o económico.

Debido a que su contribución es especialmente valiosa, a través de esta entrevista y con el fin de compartir sus conocimientos y sabiduría, utilizaremos las siguientes preguntas como guía.

PREGUNTAS PARA LA ENTREVISTA

1. ¿Cómo cree que el Activismo Judicial es percibido en su sociedad?
2. Tiene la percepción del público sobre el Activismo Judicial el potencial de afectar a la visión de la sociedad sobre las capacidades del poder legislativo?
3. ¿Es el activismo judicial bueno o malo para la sociedad? ¿Por qué?
4. ¿Considera que el Activismo Judicial es apropiado para todas las sociedades o hay algunas sociedades en las que es inapropiado?
5. ¿Es el Activismo Judicial solo una manera fácil de llenar los huecos entre la justicia y la ley o es una herramienta para realizar los derechos fundamentales utilizando la figura del juez?
6. ¿Puede sugerir criterios para discriminar entre el activismo social legítimo de los jueces y el activismo personal que no hace sino reflejar opciones ideológicas?
7. ¿Cree usted que el Activismo Judicial crea algún problema para la división de poderes del Estado en entidades separadas? ¿Es hora de reconsiderar esa división?
8. ¿Puede usted pensar en relaciones apropiadas entre el Activismo Judicial y los poderes legislativo y ejecutivo para que se promueva la cooperación entre estos últimos?
9. ¿Es el Activismo Judicial el resultado de una evolución continua de las sociedades? (En el sentido hegeliano)
10. ¿Cómo cree que evolucionará el Activismo Judicial con la evolución de las sociedades?

INTERVIEW 1

DR. LAWRENCE FRIEDMAN

American law professor and Prize-winning legal historian
Interviewed in November 2014, at Stanford University, Palo Alto-CA,
United States

Q – Anne Quezado - So, the first question is how you think that Judicial Activism is perceived in your society.

A – Lawrence Friedman – Not by me, but by other people... I think most people have no idea what it is, and many people, particularly conservative people have been told that it's something bad, that judges are making rules that they have no right to make.

Q – A. Q. – Even when there is a gap, for example in the case of the same...

A – L. F. – People don't understand gaps, I mean the public doesn't understand gaps, no gaps, they don't understand this, this is not a concept they understand, they think there are laws, and they tend to think that they are clear.

Q – A. Q. – And how is your perception about the judicial activism as a law professor?

A – L. F. – I don't like the term because it's politically charged, the people who talk about judicial activism are conservative, they don't like opinions that they consider liberal, they call them activist, that they are doing something they shouldn't be doing. When conservative judges do the same thing, they are quiet. So, I think that Judicial Activism, I don't like to talk about that, to talk about how judges proceed their role, and judges are members of the society, and the most important issues, perhaps, are issues of the rights of minorities. We live in the age where there is a human rights culture, ordinary people generally believe in human rights, I am not talking about whether there are such things, I am not anything about philosophy, I mean, average people, particularly in developed countries, but not only in developed countries, they think there are rights, I have rights, and in so far a court impulse those rights they like it, and if you were yes but the legislator says something else they don't care, you have the right to free speech, the freedom to travel, they don't care what the legislator thinks, I have a right, so this is a culture of rights, actually I have wrote a book called the human rights culture, so, anyway

that's my answer, so I think the whole Activism issue is what we call a red herring, it just mean a fake, doesn't exists, it's a funny issue or a false issue.

Q – A. Q. – And which name do you suggest instead of Judicial Activism?

A – L. F. – Why do I need a name? Judges in modern societies has certain roles, they fill those roles, one of those roles is to interpret the constitution, but the constitution of all countries is filled with phrases that don't mean anything, that are very vague and general, so really a courts when they called themselves interpreting they really are doing something else, but what they are doing is usually in line with modern culture, they don't make it out. So, a hundred years ago, in every country, if you said well I think that gay people has a right to get married, they would say you are crazy, that is a crazy argument. Well, it is controversial today, but no one says that it is crazy, two hundred years ago if you said I think that women should have the same rights than men, the people would that brilliant people, philosophers would say no, this is not, women? of course not. So, the time changes, and the law changes as well and judges reflects what is happening in society.

So, the talk about activism, it just doesn't make any sense, it is part of the role in society. Not only that, one of the functions of judges, in all societies, is to answer questions that have no answer. I am going to give you an example, a very simple kind of case. A couple divorces and they are arguing about visitation rights, and the judge says: OK, you can visit your son on Saturday from 9 in the morning to 5 in the evening, now, what is that? A decision has to be made, right, now is it just based on science? no, is it based on legal rules? No, it is an arbitrary decision, but somebody has to make it, so that's another function of judges. If you want to call that active, as the judges made up from 9 in the morning to 5... but it has to be done And a judge and in our country sometimes a jury has to decide you were injured in an accident and your damages are \$5.000,25, this is arbitrary. It's not irrational, but the exact amount is not anything derived either from legal rules or from science, but it has to be done.

Q – A. Q. – Has the perception of the public about Judicial Activism, the potential of affecting the view of the society about the capabilities of the legislative power?

That is an empirical question, and I don't really know the answer because it will depend on survey research, there is some survey research, the survey research that I am

familiar to seems to suggest that the public generally trust the Courts and think that they are legitimate, regardless of what they decide.

Q – A. Q. – And this happens here in America, in the United States?

A – L. F. – Yes, it's probably going down a little, but not a lot.

Q – A. Q. – Is Judicial Activism good or bad for the society, and why?

A – L. F. – I can't answer because I think the term is meaningless.

Q – A. Q. – But If I said that the meaning of Judicial Activism is the normal meaning that people understand, like...

A – L. F. – As the judges making decisions that they shouldn't make?

Q – A. Q. – No, that the judges create law when they don't have law, for example in the case of the same sex marriage.

A – L. F. – OK, it is neither good nor bad, it depends on what it is.

Q – A. Q. – And it depends on the subject, area...?

A – L. F. – It depends on the subject, the judges, and what their political perspectives are, you can't have an answer that it's good or bad, it's inevitable, and sometimes it's good and sometimes it's bad, it depends on your point of view.

Q – A. Q. – Do you think that judicial activism is appropriate for every society or are there some societies where it is not appropriate? The thing is... because at the beginning of the research, we think that there is no question about the judicial activism in common law societies, because...

A – L. F. – There is no difference between common law and civil law societies, none whatsoever. This is zero, absolute none, this is a myth, that they are different.

Q – A. Q. – Why not?

A – L. F. – Why? If you look it comparatively, let's say, the development of certain fields of law and you take, let's say, a civil law society and a common law society, you'll be amazed at how similar the developments are. And why is that? Because society has changed, it changes in the same way in France as in England, and the law follows so

it doesn't matter whether they are common law or civil law. One difference is that the civil law has a theory that the judges don't make law, but this is nonsense, an absolute nonsense.

Q – A. Q. – I absolutely agree with you, but I think that there are some people who work in law and believe that in common law judges have more power, so.

A – L. F. – Yes, there are people who believe that earth is flat, but that doesn't make it flat.

Look at the work of the European Court of Human Rights; the judges except for one judge from England and one judge from Ireland, there are all non-common law judges, and look at the behavior of that Court.

Q – A. Q. – Is Judicial Activism just an easy way of filling the gaps between justice and law or it's a tool to make the fundamental rights effective using the figure of the judge?

A – L. F. – The very strong tendency in all modern societies towards a human rights culture involve the judges. This is a fact, so it is interesting that in the period after the Second World War until now, dozens of countries have adopted new Constitution with the power of judicial review, right? Estonia, Spain, Hungary, all of them... why? What is it in the culture that pushed in this direction is the power of the human rights culture, and if you have a human rights culture, if you have people believing in it, again, philosophy doesn't interest me, ordinary people believing they have rights, the question is who is going to ensure that those rights are real? Not the legislator, because that's the majority rules, and majority is not something that can overwrite a fundamental right, in the opinion of people, I am not, again, talking about theory, and so who does? Well, it has to be a Court, nobody else, so that's why we have this.

So, we have computer, we have mobiles, we have this also, it is part of our culture, including Brazil.

Q – A. Q. – Can you suggest criteria to discriminate between... because some people that is against judicial activism say it is a point of view of judge, so it is a subjective decision, and we have no control. So, this in an argument...

A – L. F. – I know it is an argument, but it is a false argument, because judges, their behavior is not arbitrary, why it is not arbitrary? Because they are members of the society. They do not decide things that they just pull out of the air, so why does a judge feel that something is a right decision. He can't explain that. She can't explain that. The US Supreme Court, in 1971, decided that the 14th amendment of the Constitution made discrimination between men and women illegal. 14th amendment was drafted in 1868, nobody thought that, in 1971 they said: you know, 14th amendment talk about equality so that means men and women, where did they get that idea? Why did they suddenly, 97 years later, after the text was written, that they said, oh, this is what they really meant! It is because what it was happening in society, they didn't even understand that themselves, it just seemed obvious to them. And just there are so many other examples, in every society.

Q – A. Q. – But we could realize a difference between interpretation of law... for example in Brazil in Sao Paulo they are very conservative, and in Rio Grande do Sul, it's South of Brazil, they are very progressive, so they fight a lot because of this, so this is...

A – L. F. – So, they think that they are fighting about legal principles, but they are really fighting about political principles and their beliefs, so why talk about activism? It doesn't make any sense!

Q – A. Q. – Can you suggest criteria to discriminate between social activism by a legitimate judge and personal activism that merely reflects ideological choices?

A – L. F. – No, it is not possible.

Q – A. Q. – And because of this, could it be dangerous?

A – L. F. – This is the way things happen, you know, when the Supreme Court of the United States decides a case five to four, as they do all the time, Americans would say five were doing the right thing and the four were just ideological. No, they are all ideological, but they are honest people too, they are trying to do what is good for the country and their view on how the legal system should operate, they have principles, so these labels I think they do not mean anything.

Q – A. Q. – Do you think that it creates any problem for division of powers of government in separate bodies? Why do people believe that it creates a violation?

A – L. F. – No, they do if they don't like what the Courts are doing, if they like what they are doing they say "it is fine!", you know, if you study history, this is exactly the case, there was a time we had very conservative Courts that were responding in ages in which there was a lot of labor and management conflicts, strikes, riots and so on. And the progressive people thought the Courts were terrible because they represented elite opinions, which they did, this was terrible, but when the Courts lifted they became wonderful, and now the conservative say they are terrible, this is the way it is.

Q – A. Q. – Is it time to rethink the division of powers? Is it possible to rethink the division of powers?

A – L. F. – So, it is possible to rethink anything, do you mean the division between executive and judicial? It is the executive that has all the power now, it's not the Courts, once in a while they can do something, but it's the head of government that has all the power. So why should we talk about cutting down the power of the judiciary? They are the weakest of the branches.

Q – A. Q. – So, because of this, is not the time to rethink the division of powers?

A – L. F. – I think that we should rethink the division of powers, that the executive has too much power, particularly in foreign affairs, so the President of Brazil could decide, oh, let's go to war with Argentina! I mean it doesn't going to happen, but what would prevent that? The Court?

Q – A. Q. – Well, in Brazil the legislative has a...

A – L. F. – But would they really... what would they do? If the President of Brazil announces that Argentina has mass troops in the border and it was dangerous and he was sending the army, what would the legislator do? They would yell and scream and that would be...

Not that it's going to happen, but as a matter of fact, my feeling is the opposite, why does Brazil need a big army? why does it need jet airplanes? Who is attacking Brazil? Where is the danger to Brazil? Paraguay is going to invade Brazil?

Q – A. Q. – So, it is possible to rethink the division of powers or it is something that it is as everything, developed?

A – L. F. – It evolves, it develops, it's organic, it's dynamic.

Q – A. Q. – Can you think of appropriate relationships between judicial activism and legislative and executive powers so that they promote cooperation between these two?

A – L. F. – No, No, because as I told you about the whole concept of activism, I rejected it at the beginning, I think that most of the modern developed countries have develop a very good kind of system of judicial independence, and that's fine, I would just let be, the government cannot fire judges, cannot punish judges, that's the way it should be.

Q – A. Q. – Is judicial activism the result of an ongoing evolution of societies?

A – L. F. – If there was such a thing it would be, but there is not such a thing, the thing is that the power of Courts has grown enormously in most countries, at least the highest courts, the constitutional courts, or the courts that have constitutional jurisdiction, and this is a result of a long history, starting after with the end second world war, a little before that, but basically the idea has grown that just because something is law, doesn't make it valid, so it begins with the Nuremberg trials, where the leading Nazis are put on trial, they are accused of aggressive war, crimes against humanity, and they were guilty, of course, but the defense of them says: yes, but we were Nazis, this was not illegal for us, right?

So, we don't accept that anymore, you can't say well, Pinochet when he was in power he was the government so what he did... no, we don't accept that, Franco, he was there, and he made decrees, so it was the law... no, that is not acceptable anymore. So, who enforces this? The development of this notion of rights that transcends ordinary law, this implies the power of Courts, now whether that too much or not enough that is an interesting question, but the basic idea is this, so the whole activism idea is nonsense.

Q – A. Q. – How do you think that it (judicial activism) will evolve with the evolution of those societies?

A – L. F. – Yes, it evolves with the evolution of the human rights culture, that's it.

INTERVIEW 2

DR. PROFESSOR DIETER F. GRIMM

Professor of Law at Humboldt University, Rector del Instituto para Estudios Avanzados (Wissenschaftskolleg zu Berlin and Former Justice on the Federal Constitutional Court of Germany

Interviewed in March 2014 in Berlin, Germany

Q – Anne Quezado - How do you think that Judicial Activism is perceived in your society?

A – Professor Grimm – It's always a debate about judicial activism or judicial deference or restrain, in the vast majority of cases the Court get a lot of support in society, so the backing for the Constitutional Court in Germany in society is very high, even if I compare with other countries it's unusually high. So, when we get such a debate it's mostly about specific decisions that a large portion of the population disagree with, then you get a debate about whether this was still inside the legal role or outside the legal role but basically the Court is a cherish institution in Germany.

Q – A. Q. – It's possible to see the Judicial Activism only in the Court in Germany, or for example with a judge of lower courts or just in the Supreme Court?

A – P. G. – No, it is mostly about the Constitutional Court because the Constitutional Court is the only court that can review political decisions, and lower courts, if they have a constitutional question, they have to refer that question to the Constitutional Court.

Q – A. Q. – Has the perception of the public about judicial activism the potential of affecting the view of the society about the capability of the legislative power?

A – P. G. – If there is a debate about judicial activism it is mostly about the question whether the Court went too deeply into the powers of the legislator, so this is the usual problem, there may be other problems, but the usual problem when it comes to judicial activism is the question what the realm of the legislator is and what is the realm of the courts, so this is the normal thing. And also, there may be a problem between constitutional courts and ordinary courts because there is a certain rivalry, in Brazil you have a general supreme court, we have a special constitutional court, so there, from time

to time, there is a problem about what is constitutional and what is ordinary law, but when it is about activism it is mostly court legislature.

Q – A. Q. – Is Judicial Activism good or bad for the society, and why?

A – P. G. – I cannot answer that question, this is something that every society has to decide for itself, and it is even difficult to determine what really activism is and what is influencialism.

Q – A. Q. – Do you think that judicial activism is appropriate for every society or are there some societies where it is not appropriate?

A – P. G. – Again, I hesitate, I would say that this is for a society judicialized, when the German Basic Law was written, 1949, and when the Constitutional Court was established, we had 12 years of Nazi regime behind us, with a total lack of fundamental rights and total disinterest in rule of law, in separation of powers and all that, so I think that for our society it was a good idea to have a powerful court. If you have a society where these problems never came up, societies which have a long rule of law tradition and a long democratic tradition, you might not want to give Courts such a power, so it very much depends on the historical circumstances and historical experiences and again, I must say, this is something for every society to decide, basically do I want a strong court or do I want a weak court.

Q – A. Q. – Is Judicial Activism just an easy way of filling the gaps between justice and law or it's a tool to make the fundamental rights effective using the figure of the judge?

A – P. G. – I think judicial activism goes always along with developing the Constitution, developing the law. You don't need any activism when the answer for certain problems is something you can find by reading the text, then you don't need it. The question really, activism and deferencialism, doesn't come up, so it comes up when the text of the law is not absolutely clear and mostly this is the case, there are very little legal norms that are absolutely clear for every case.

And then it depends on whether society and their courts think that the constitution should be adapted to new challenges by judges or should be adapted by the political branches of government and the answer to that question is different, it is different for instance between Germany and the US, in US most people would say this is a question

for political branches, in Germany we would prefer to say as long as it's not really creating law, but adapting law, developing law, it's good the judges to do.

Q – A. Q. – Can you suggest criteria to discriminate between social activism by a legitimate judge and personal activism that merely reflects ideological choices?

A – P. G. – The latter is bad, and we should try to avoid that this happens, the former is OK with me, the problem is that it is extremely difficult to find out what is the case, because what the judge does deciding a case or writing an opinion, it may be a judge that has been highly influenced by its ideological or religious or, why not, convictions, would him write it into the opinion? So it's very difficult to distinguish that, and I think what really is important in this respect is legal education, so that it is clear that the lawyer or judge or in another position has to apply the law and not to make the law, but again the border line between applying and interpreting and making is not very clear because we don't think enough about that but it is coming from the nature of the problem that it is unclear.

Q – A. Q. – Do you think that it creates any problem for the division of powers of government in separate bodies? Is it time to rethink that division?

A – P. G. – It creates problems for the separation of powers, this is clear, I really wouldn't know, as long as you said, we want to have constitutional adjudication and even a special constitutional court, if you say we want that, then you have that problem and you can't avoid it. So, it is a choice between do we want judicial review, yes or no? And if a country says no, even very good democratic countries, U.K., the Scandinavian countries, The Nederland, they said we don't want it, because they don't feel a need for that, things works fine, government are not constantly violating fundamental rights, etc., and other countries with less lucky faith like Germany, said we need it, and all the former socialist countries said we need it, and many South-American countries said we need it, some Asian countries like Korea said we need it, so this is a basic decision, once you said you want judicial review you have that problem and you don't have a clear solution to that problem. It's more or less a matter of the minds of people, especially the minds of the judges, how they conceive their role, and this again is something to do with legal education and it has also something to do with what the public opinion thinks about, is the public opinion more concerns about politics, about the court, or is it more concern about what the courts do and not much about what the politicians do. All that plays a role.

Q – A. Q. – Can you think of appropriate relationships between judicial activism and legislative and executive powers so that they promote cooperation between these two?

A – P. G. – This is again the same problem, that it's of course cooperation; let's assume the Constitutional Court declares a law null and void and gives reasons for that, then of course legislator, if it is a law made by the legislator, will look for the reasons and will try to avoid another mistake. Sometimes the court may even indicate what could be done and may say this is going too far but in this case it was necessary because those people who defended the existing law said that there is no alternative whatsoever, and if there is no alternative, of course then you have to do it that way, so I think the Court in this situation was obliged to say, not only there is no alternative, but also indicate what an alternative could be, and then the legislator is, of course, free to say I don't choose this, I see a third way also, but this is a sort of a dialogue. And this happens constantly, I think that in a democracy this happens constantly. On the other hand, I think that the Court should take very seriously the reasons that are given for a certain law and not replace the majority opinion for its own opinion if it has no basis in the constitution or the law.

Q – A. Q. – Is judicial activism the result of an ongoing evolution of societies?

A – P. G. – What I see is that it happens more and more, this is one of the really interesting developments in the, let's say, last 30 or 40 years perhaps, that everywhere judges gain a lot of power in the national field and in the international field, both, but basically, of course, this power is given to them, there would be no International Court if not a number of states said we want one, and there would not be a Constitutional Court if the constituent assembly that drafted the constitution did say we don't want it. Once it is there, there is a certain tendency to expand the power. Very often I had discussions with political scientists, political scientists very often interpret this in a way that they say this is pure self-interest of the court or of the judges, I think that it is not true, at least it would not be true for Germany because in any other court you would be in court also. It is nice to distinguish between the intention and the effect, the intention is to apply the law and with the law as much efficient and effective as possible, but the effect is also an expansion of the power of the courts, so this is, I think, a crucial distinction between what is intended and what is the effect, and I don't see in general that the courts intends to do things just

to expand its power, they do it for the law and the necessary outcome is that they become stronger.

Q – A. Q. – How do you think that it (judicial activism) will evolve with the evolution of those societies?

A – P. G. – If the courts go too far, this will get a backlash in the long run, this is not a matter of tomorrow also, but in the long run if the courts decide in too many questions there will be a backlash, and it has something to do with the jurisprudence of the court, it has something to do with the rapidity that society develops, if it develops very rapidly then the legislator will not always be able to do the necessary steps, so there is also the division of labors between courts and the legislator, but there is a critical point, which one can't determine, you probably know later that the critical point has been trespassed, and if that happens and society or their politicians come to the opinion that the court has become a too political body, they might take powers away, restricts the powers of the Court, the German Court has some twenty procedures for different problems, so you could easily do it, it is possible, or you could just say I don't want a constitutional court at all, everything that it is constitutional shall be decided in political arena and I need courts just for private or criminal law, so this possibilities exists.

But this is a matter that is not the single moment that you say no, they cross the line, what you may say it in retrospective that somewhere the line has been trespassed.

INTERVIEW 3

DRA. CONDOLEEZZA RICE

American Political scientist and diplomat

Interviewed in December 2014, at Stanford University, Palo Alto-CA,
United States

Q – Anne Quezado - The first question is how you think that Judicial Activism is perceived in your society, because in Brazil from one point of view people think that it is good, but other say it is not because of the separation of powers. So, I would like to know what you think.

A – Condoleezza Rice – I think there are supposedly two views in our society: strict constitutionalism, read the Constitution and operate accordingly to what constitution said, and there are those who, I would say that the constitution cannot live in the 18th century, it has to continue to evolve and the Courts are the mechanism by which the Constitution evolves. And sometimes when people say Judicial Activism they mean that, but sometimes and I am comfortable with the idea that the Constitution has to evolve, you can't literally read the Constitution the way it was written because society moves on, problems change, and so forth, but there are some who really want the Courts to use the Constitution to force change, and that's a more complicated than looked, maybe even dangerous, idea because obviously there are times when the Constitution is being violated that the Courts have to intervene, I'll give you an example, in the south of the United States, before 1964, and 1965, we had segregation in the south, and I grow in the South, so you couldn't go to a restaurant, it was hard to vote, this seems to me a point in time when the Courts had to push, and in fact the WACP used the Courts to push towards change. But it eventually got it and acted through legislation, not just by what the Courts did, and so I think you preserved the separation of powers in that case, so my view is, personally, as a political scientist and a citizen I understand that there are times when Americans take their case to the Courts and say my rights are being violated and the Courts act, but I would prefer the Courts to do that rather sparingly, rather not all the time, because really these changes need to come through legislation, so there is those three views on Judicial Activism in the United States: strict constructionism, just do what the

Constitution says, that probably doesn't work, let the Courts push social change, that probably doesn't work, and somewhere in the middle.

Q – A. Q. – How has the perception of the public about Judicial Activism the potential of affecting the view of society about capabilities of the legislative power.

A – C. R. - Yeah, I think that this is a debate that most Americans do not think much, to be honest I think there is an attentive public, people who follow politics, people who follow these issues falling to the categories that I describe, but it is a pretty narrow group of people who worried whether are the Courts becoming too active. Now Americans respect maybe more than any other place the Courts to make decisions, they accept when the Courts make decisions, so the Courts have to keep enough distance from politics to keep that level of respect, I think that is where you start asking most Americans: are the Courts acting like any other political body? or are the Courts preserving some distance from politics? That is more the issue for Americans.

Q – A. Q. – and do people believe in the Supreme Court nowadays?

A – C. R. - Absolutely, when the Supreme Court says it people believe it, it is a very American thing, I mean, one example of this is when we had the election of 2002 and Bush and Gore went to the Supreme Court to decide basically who would be President, and the Courts decided to stop counting the ballots in Florida as people no longer challenge because of that.

Q – A. Q. – And is Judicial Activism good or bad for society, and why?

A – C. R. - As I said I think you have to define Judicial Activism, if you mean that the judiciary acts and gets involved if there are violations of the Constitution or people claim violation to the Constitution, yes, but as a matter to push policy along I think it is better let to the Legislator.

Q – A. Q. – Even when there are some gaps in the legislation?

A – C. R. - Well, my gap may be or not your gap, right? so we have to be careful because I may think that this is an issue that the Courts have to push, you may think that it is that other issue that the Courts have to push, there are too many issues that the Courts have to push. I think Americans are comfortable when it is a clear miscarriage of justice. So, I use the example of segregation in the South, it is pretty obvious that black citizens

where treated not in accordance to Constitution, then the American people expected the Courts to intervene, but they expect eventually that there will be legislation.

Q – A. Q. – Do you think that the same sex marriage decision that you had recently is some case of Judicial Activism?

A – C. R. - I think that and this changed very quickly, yes, I think that Americans believe, I don't mean all Americans, but I think that there are enough of a consensus in the United States that if you have marriage that was sanctioned by the government, not marriage in the church, you can't tell the church who to marry, but if the government has this institution of marriage and recognized this institution of marriage it can't prevent its citizens from marrying so I think that was ultimately the argument that won. But we also have a federal system, right? so now the question is does every state has to? and that is going to be the decision I think the Courts will probably make.

Q – A. Q. – And because of that, do you think that activism is appropriate for every society?

A – C. R. - Well, is Activism appropriate at the national level or should it be left to the States? That's another question, that should be an issue as well in Brazil, I think their States are very powerful.

A.Q. – Yes, in Brazil it is, the states are powerful and even the Church is powerful too, because there is a difference between Spain and Brazil, in Spain one judge alone cannot say that a law is unconstitutional, and in Brazil he could but the decision takes effect only in the parts, not in everybody

C.R. – We have the states too because we have state laws that sometimes the Supreme Court of the country decides are unconstitutional, and then we have state laws that the Supreme Court would think that it is the state's own business.

Q – A. Q. – Is Judicial Activism just an easy way of filling the gaps between justice and law or it's a tool to make the fundamental rights effective using the figure of the judge?

A – C. R. - I don't think it, I don't think it is, I think it comes to intervene when there is a precise gap between justice and the law, as in same sex marriage this is a case

Q – A. Q. – Can you suggest criteria to discriminate between social activism by a legitimate judge and personal activism that maybe reflects ideological choices?

A – C. R. - I don't know that you can have criteria, I, as a political scientist, really think that what happens is, and this is because I am American and this is the way our system is built, that you have constant contest about what is legitimate and what is not legitimate, and it gets worked out in fact, not in theory, so the question about same sex marriage gets worked out, but when we tried to do gun control that doesn't get worked out. And I can't tell you that the criteria are different, it's just that I think each issue comes and there is a contest about it and there is a combination of some politics, some ideology, but each issue gets worked out in its own, I don't think you can have some open criteria. I couldn't tell you what issue is going to come out one way or another until it actually happens.

Q – A. Q. – And do you think that it creates any problem for division of powers of government in separate parties, is it time to rethink that division?

A – C. R. - No, it's not going to happen, not here at least in the United States. What I am saying here is that it's a living process, so the Founding Fathers gave us separation of powers, enumerated rights, enumerated responsibilities, but they didn't defined very much actually, and so the whole history of the American constitution has been these contests along the way that redefine the construction of the constitution, so I don't think anybody is going to ever sit down and redesign the separation of powers and say this belongs to legislation, this belongs to... it just happens, and then sometimes somebody oversteps, for instance the President in his immigration order, so the President says it is my responsibility, under this issued executive order, to keep families from being deported, and it just happened this debate: the Congress said no, it's not, and seventeen attorney general said you have overstep your authority and it is going to go to the Courts, and the Courts will decide whether the President has overstep his authority.

Nobody sat down and designed it, it just will be a series of contests.

Q – A. Q. – But, I mean, do you think that nowadays there is something about separation of powers that needs to be rethought?

A – C. R. - There is no way to do it, it's changing continuously, and, you know, I can't, the Founding fathers didn't answer any of these questions, the left it mostly to work out over time, I think that the reason made Americans so successful, because it worked

out well overtime, society changes. When President Obama came into power in 2008 he couldn't talk about same sex marriage and over time many Americans started to think why not, then, it changed, I don't think that you can ever design it, I think it just happened over time.

Q – A. Q. – Can you think of appropriate relationship between judicial activism and legislative and executive power so that they promote cooperation between these two?

A – C. R. - I don't think cooperation is the goal, they need to stay separate, I liked very much the way you put it, you have a gap between perceived justice and legislation, now it's not that the executive, the legislature and the Courts get together and say we are going to close that gap, I think usually the Courts will defer, will wait to see if there is legislation, but very often a citizen will not wait, so a citizen will bring a matter to the Court, to say legislation is not changing fast enough, and my personal rights are being violated. The Courts will say his rights have been violated, and now any legislation that is in place has to reflect that, and that's really more the way that it happens.

Q – A. Q. – Is judicial activism the result of an ongoing evolution of society?

A – C. R. - Yes, but again, the definition of judicial activism is very important here, is not a judge looking and saying I see, or even we see, a perceived gap between justice and law, that is not permitted in our system, it's not supposed to be that way, but when somebody brings a case to the Supreme Court, and most of the places have a Supreme Court, and the Court says we will take that case, you know how it happen, it works, we wouldn't decide these one, that case we are not going to take it. There is always the question of why the Supreme Court take that cases that they do, and most often they take cases, and people believe they should take cases, where there is a constitutional principle at stake, at risk. Someone says they take cases, where they see, as you said, this perceived gap between legislation and justice, but since there are nine of them, and it takes nine of them to agree to take the case, it's more likely that they think that there is some important constitutional question to be answered. So they don't sit saying we should take a same sex case because there is a gap between law and justice, what they say is: there is a constitutional principle at stake. Can the State, the Government, have an institution called marriage which is not available to all the citizens? that's a constitutional principle, it is not about a gap on legislation, there is a gap on legislation, but the constitutional question is how can it be that the government sanctions an institution called

marriage and it's not open to all the citizens, doesn't that violate equal protection under the law? That's the constitutional premise.

Q – A. Q. – So first of all, they identify one principle in the Constitution and because of this they take this case to the Supreme Court?

A – C. R. - Yes, or they look at the case and they say: is there a constitutional principle that we wish to speak to here?

Q – A. Q. – And this decision, is it a collective one?

A – C. R. - Yes, to take the case they all have to agree, it is called certiorari.

Q – A. Q. – How do you think that Judicial Activism will evolve with the evolution of those societies?

A – C. R. - I think it is probably the way that you are seeing it, and I will be surprised if it is different in most places, that is, it is constant fighting and construction.

ENTREVISTA 4

DR. BALTASAR GARZÓN

Jurista español

Realizada en noviembre de 2017, en Madrid, España

P – A. Quezado – ¿Cómo define usted activismo judicial?

R – B. Garzón - Activismo judicial, yo extendería un poco el activismo jurídico y dentro de este hay distintos ámbitos como el de los derechos humanos, y el de la propia teoría del derecho o la figura del juez o del poder judicial dentro de un sistema político democrático, porque si no existe democracia el papel del poder judicial es vicario del único poder que es el ejecutivo. Por tanto, hay una clara distinción y diferenciación entre lo que es un sistema democrático donde el equilibrio de poderes es uno de los elementos fundamentales. La separación de poderes es otro principio fundamental, pero yo nunca he entendido por separación de poderes que cada uno de los poderes vaya por su parte en forma contradictoria. Se pueden producir fricciones, pero el Estado es uno y los tres poderes constituyen y son el Estado, por tanto, no pueden actuar en detrimento de quienes son los titulares del Estado, que son los ciudadanos y el pueblo. Por tanto, hay una obligación de actuación coordinada sin invadirse las esferas, pero lógicamente con la finalidad de proteger de forma integral a los ciudadanos. Si no lo entiendes así, pues estas actuando en contra de la propia esencia del Estado y de los ciudadanos. Si lo entiendes así, empiezas a darle forma al activismo judicial porque no solo es dictar una resolución y que se mida la norma y se aplique la misma. Las normas son inertes o tienen vida propia en función de que las interpretes de acuerdo con las necesidades del pueblo, de la realidad social, del contacto con la sociedad. Es decir, no vivimos entre seres inertes. El poder judicial es parte del pueblo, está en la esencia de la ciudadanía. No es ese poder judicial que se ve como en una especie de urna de cristal, alejado, porque pierde toda la contaminación que tiene que tener. El poder judicial se tiene que contaminar de sociedad para entender a la sociedad. Si no, es imposible, porque si vives en esa burbuja de cristal, perfecta, donde el ruido no se oye, donde el dolor no se siente, donde la frustración no penetra, pero sí penetra la comodidad, el considerarte por encima del bien y del mal, el mirar a los demás desde arriba hacia abajo, pierdes la perspectiva. Por tanto, la primera norma del activismo judicial es estar en el centro de la sociedad, vivir los problemas de la sociedad, sentir esos problemas y aplicar las normas para organizar y solucionar, en su caso, los problemas que vive el pueblo que siente esa sociedad o la limitación de derechos

o la protección de los mismos. Por tanto, te tienes que contaminar. ¿Qué ocurre? Que esa visión del poder judicial choca en muchas ocasiones con la visión conservadora del mismo, donde simplemente, es decir: - “Tráigame los hechos. Según el artículo 25 dice que corresponden tres años de cárcel”. O que está propiedad es de este señor, pero no tomo en cuenta si tiene hijos, si paga una renta o si no paga una renta, si se encuentra en la indigencia, si lo sacas, etc. No, Hay que hacer una interpretación social integradora, en la que no solo las normas jurídicas sean las que tienen su papel, que son importantes, sino también la vida que le da sentido a esta norma jurídica. Es decir, los sentimientos y el poder judicial, los jueces, tienen que tener estos sentimientos. Cuando se dice: “tienen que ser imparciales”. Sí, pero imparcial no significa amorfo; no tener ideología. “Es que es un juez de izquierdas”. ¿Y por qué no se dice que es un juez de derechas?”. Siempre se dice: el juez, pero en el momento que hay una cierta interpretación que avanza hacia una protección más integral, se dice: “es que es un juez de izquierdas”, como un calificativo, un adjetivo que desmerece la función. No, cada uno tenemos ideología. La vida es compleja, tenemos que verla desde los distintos prismas y, muchas veces, es poliédrica, pero precisamente por eso, el juez tiene que ejercer su función desde la esencia del pueblo y proteger proactivamente sus derechos, y eso le va a hacer militante, activista judicial. Lo cuál, no quiere decir que tengas que ser parcial, es distinto, pero no puedes dejar de ser activista; y no puedes dejar de tener en cuenta todo el resto de las normas sociales, de normas del ordenamiento, del contexto social en que el vives y del contexto universal en el que te mueves, Sin embargo, la visión positivista de la justicia, es decir: “aplico esta norma y no me cuentes qué otros problemas hay en el mundo que no son mi obligación”. El juez activista, el fiscal activista es el que dice: “sí, son parte de mi trabajo y no puedo dejar abandonada la sociedad porque diga que estrictamente esto no está previsto en las normas”. Si no está previsto, tienes que completarlo. ¿Cómo se completa? ¿Con interpretación de normas? Sí. ¿Con precedentes? Sí, pero también con la vida de las gentes y con lo que te marca el tendero, la limpiadora, el abogado, el albañil o la arquitecta.

P – A. Q. – ¿Cómo cree usted que el activismo judicial es percibido en la sociedad?

R – B. G. - Depende del enfoque que se le dé por las partes interesadas. Es decir, si buscamos esa parte conservadora y todos los medios de comunicación que la apoyan y se enfrentan a la justicia, una justicia crítica, incisiva, que investiga la corrupción, por

ejemplo; que cuestiona el abuso del poder; te van a tildar de comunista; de que eso no es la justicia; que eso es hacer política; que los jueces deben de ser puros e inmaculados; no contaminarse. Claro, todo eso en función de que se beneficie a esa parte de élite y de poder de la sociedad. Si, por el contrario, haces el análisis desde la sociedad llana, desde las personas que sufren, que viven, que pelean día a día, van a decir yo quiero ese juez, quiero ponerle cara; quiero ponerle ojos; saber que es mi amigo, mi amigo porque se ocupa de quienes más lo necesitan y cuando tiene que tomar una decisión da igual que sea en un sentido a favor o en otro, pero lo hace con justicia, pero dándome la mano. Es decir, lo que yo entiendo es que la justicia tiene que ser protectora. Para el ciudadano, la ciudadana su último reducto es la justicia. Es saber que hay una referencia que le va a proteger sus derechos por ser él mismo. Y no puede reservarse de acudir; porque dicen: “es que soy poco importante” y no me va a recibir. Por eso, yo he siempre rechazado temprano a estos colegas que yo digo “que llevan la vara tragada”. Es decir, que van por encima del bien y del mal y miran por encima del hombro a la gente o dicen que no tienen tiempo para recibirlos. Yo siempre he abierto mis puertas a los ciudadanos de cualquier nivel, porque si les estás investigando o administrando justicia, si estás jugando con su vida, su hacienda, su libertad, su restricción o amparo de derechos y vienen a preguntar y viene a interesarse; no les puedes decir: “no tengo tiempo”. Tienes que tener tiempo. Es decir, “bueno, yo es que no recibo a la gente. Ya le notificaré”. No, no puedes hacer eso. Eso es cruel. Tienes que mezclarlo; el ciudadano necesita saber que es algo frente a la justicia, que no solamente es un escrito o un papel donde se dice: lleva razón; no lleva razón. Necesita algo. Tocar. Necesita carne, necesita “carne jurídica”. Entonces depende del perfil con que se mire y en que parte de la sociedad estés se va a ver mal el activismo jurídico o se va a ver necesario. Y desde mi punto de vista, durante muchos años el tipo de abstención y de lejanía de la justicia hacia los ciudadanos y a favor de élites no es un buen sistema, sino que el sistema tiene que ser precisamente el que mencionaba antes de contaminación.

P – A. Q. – ¿Tiene la percepción del público sobre el activismo judicial el potencial de afectar a la visión de la sociedad sobre las capacidades del poder legislativo?

R – B. Garzón - Sin lugar a dudas, las decisiones judiciales pueden afectar, es decir, el mecanismo es a la inversa, es decir, norma propuesta por el ejecutivo o por partidos o por el legislativo por iniciativa propia o tomando ese proyecto, crea la norma; el juez aplica; pero también la sociedad va a una velocidad de vértigo y, por tanto, el juez

tiene que resolver situaciones en las que, quizás la norma no es expresamente aplicable al caso concreto, pero hay un ordenamiento jurídico nacional, hay un ordenamiento jurídico internacional y cada vez hay más interacción de las diferentes normas. Por tanto, en muchas ocasiones, por ejemplo, el de la jurisdicción universal ha sido pionero, o del de la propia lucha contra la corrupción, el blanqueo de activos y demás, hemos tenido que acudir a normas internacionales para integrar las nacionales o las falencias que había dentro de un sistema local determinado. Y de esa integración lógicamente han salido principios que después ha sido tomados por el legislativo y convertido en normas legislativas. Yo recuerdo los años 90 que muchas de las acciones que en el ámbito penal llevamos adelante, como, por ejemplo, la circulación controlada de dinero para investigar el blanqueo de activos; la figura del agente encubierto, intervención de barcos en alta mar; nada de eso existía legislado, sino con una referencia de la Convención de Viena de 1988 sobre narcotráfico y, sin embargo, lo aplicábamos por lo que no estaba prohibido, podía ser en conjugación con esas normativas internacionales, aplicable y vimos que, efectivamente, así era y que después, 10 años después el legislativo dio entrada a alguna de esas figuras. Por tanto, sí, hay muchas veces que el impulso judicial desde la base, que es desde donde se empiezan a mover los cimientos para el cambio y luego se consolidan en el Tribunal Supremo, puede hacer que la tendencia legislativa en un momento determinado vire hacia un sitio o hacia otro, sin lugar a duda, por eso es tan importante. Y luego lo que ocurre –citaba el tema de la jurisdicción universal- es que al abrir ese camino nadie está en disposición de decir cuál es la opción mejor, por eso todas suman, las negativas y las positivas. Se trata de hacer un cauce en el que nos integremos. No me vale el negacionista y que quiere suprimirla. No me vale tampoco el más expansivo, que, si es a favor de las víctimas, ojalá con las garantías debidas; pero esas contradicciones van a hacer un cauce asumible y ese cauce asumible es el que se debe mantener. Sin embargo, a veces por intereses espurios, sean políticos o diplomáticos o económicos se corta de raíz ese avance y esa construcción que se viene haciendo durante muchos años. Eso es una regresión tremenda, contra la cual hay que luchar desde el activismo judicial, desde el activismo de derechos humanos, etc.

P – A. Q. – ¿Es el activismo judicial bueno o malo para la sociedad? ¿Por qué?

R – B. G. - Para mí, es bueno. El exceso no es bueno. El activismo entendido como la acción de jueces, de fiscales, de abogados que ven en el derecho un arma cargada de futuro en el sentido de que protege a las víctimas y también garantiza juicio justo o

mecanismos de presunción de inocencia adecuada es esencial. Un poder estrictamente conservador, positivista, retrogrado no va a dar nunca el avance suficiente para proteger a la sociedad, y mucho menos en la sociedad actual en que la eclosión de problemas simultáneos que afectan a la sociedad de cada país y a la global, en general, sería absolutamente imposible solucionarlos con unos criterios restringidos. Por tanto, yo creo que es bueno y la sociedad, insisto, depende de qué tipo de sociedad lo recibe bien. Aquellos que se vean afectados en sus intereses multimillonarios, conservadores, hiperprotectores, pero siempre en beneficio de una élite, lo van a considerar muy mal, como revolucionario y, por tanto, rechazable.

P – A. Q. – ¿Considera que el activismo judicial es apropiado para todas las sociedades o hay algunas sociedades en las que es inapropiado?

R – B. G. - Yo creo que todo tiene que ser con razonabilidad. En un país donde la represión sea la norma, el valor de los jueces, de los fiscales, de los abogados enfrentándose a ese poder dictatorial es heroico, y es meritorio y es fundamental que se consolide. En otras sociedades más avanzadas en las que ya está el estado de derecho consolidado pues quizás esto ya implica el propio activismo en sí mismo.

P – A. Q. – ¿Es Activismo Judicial solo una manera fácil de llenar los huecos entre la justicia y la ley o es una herramienta efectiva para conseguir los derechos fundamentales utilizando la figura del juez?

R – B. G. - Yo creo que hay más cosas. La interpretación de los jueces tiene que ser integradora. Cuando hay lagunas se tiene que suplir con los principios generales del ordenamiento jurídico. Eso es lo que dice la ley y eso es lo que se debe hacer. Sin embargo, a la vez hay que hacerlo con una visión de protección integral de las víctimas y de los afectados por la acción judicial. No podemos aceptar una visión de la justicia sectaria, vengativa, politizada en el sentido de favorecer a un grupo político y hacer la vista gorda respecto de otros; focalizar en un tipo de delincuencia de apariencia delictiva respecto de un sector concreto y no hacer lo propio respecto de otro. Cargar la fuerza contra aquellos que son más indefensos, aunque hayan cometido hechos con apariencia delictiva y no mirar y no ver esos otros hechos de dominación de elite económica, política, etc. porque te están protegiendo o porque no interesa o no te atreves a molestar, con lo cual es una injusticia tremenda.

P – A. Q. – ¿Puedes sugerir criterios para discriminar entre el activismo social de los jueces legítimos y activismo personal que no hace sino reflejar opciones ideológicas?

R – B. G. - Es muy difícil separar. Yo creo que va a estar en cada persona, en cada juez que tiene que aplicar la norma. Él sabe cuál es el límite; él sabe, o ella, si en esa interpretación de la norma está aplicando unas reglas equitativas, y de equidad y de igualdad, o, por el contrario, está favoreciendo a alguien o sencillamente se está protegiendo a sí mismo y no se atreve a llegar más allá. Por tanto, decir cuál es lo legítimo y cuál es lo personal e interesado. Bueno, eres tú misma, o tú mismo, el que lo tiene que discernir, y si no lo disciernes, alguien te va a decir: “Usted está pasando de lo que es una acción judicial coherente, necesaria y demás, a un interés por otras razones”. Entonces, no solo es el elemento personal o personalísimo el que va a determinar que es una cosa y que es otra, sino también que estamos defendiendo, si defiende que la justicia tiene que estar en el centro de la sociedad, contaminada de sociedad, también te tienes que arriesgar al juicio de esa sociedad y aún cuando puedes actuar con toda la buena voluntad, que ese juicio no sea favorable. Por eso, yo siempre he defendido que la justicia tiene que explicar, tiene que ser de empoderamiento a la sociedad; tiene que ser la justicia anamnética, es decir, buscar esa explicación, que al ciudadano, que a la víctima, se le tenga como tal y que lo comprenda. No tiene que decir: “No lleva usted razón.”. No, no lleva razón ¿por qué? Por qué absuelve a esa persona si no me da explicaciones. Yo necesito esa explicación para entender. Y entendiendo o comprendiendo, quizás estemos de acuerdo. Es humanizar la justicia.

P – A. Q. – ¿Cree usted que se crea algún problema para la división de poderes de gobierno en cuerpos separados? ¿Es hora de reconsiderar esa división de poderes?

R – B. G. - Como he dicho antes, la división de poderes nunca puede ser contraposición de estos. Es decir, tienen que tener ámbitos diferenciados, pero la fricción se va a producir y es bueno que se produzcan esas fricciones para que se solucionen, pero no hay una yuxtaposición de poderes. No puede ir cada uno por donde quiera porque diga: “Yo soy el que mejor lo está haciendo y aquel otro no”. Es integrable, el Estado es uno, sea federal, sea único, pero en un estado democrático y de derecho cada uno de los poderes tiene que coadyuvar al beneficio común de la sociedad. Cuando uno se superponga frente al otro va a haber un correctivo que algunas veces puede venir del judicial, que es el equilibrador y otras veces no. ¿Qué ocurre a veces? Ocurre a veces que el ejecutivo, con su vocación expansiva, provoca normas que después restringen autonomía y poderes a

los jueces, pero también el poder judicial, dentro de un estado de derecho, tiene un Tribunal Supremo, un Tribunal Constitucional o tiene, incluso, un Tribunal Europeo de Derechos Humanos o una Corte Interamericana de Derechos Humanos u organismos similares, en donde, probablemente, a fin de cuentas se va a discernir si esa superposición es correcta o es contraria al sistema de valores y de derechos que tenemos que defender todos, ya sea desde el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas hacia abajo. Es decir, hay una estructura nacional e internacional que, si funciona, corrige.

P – A. Q. – De la forma que está la división de poderes, ¿Usted cree que es posible el activismo judicial sin ningún problema?

R – B. G. - Sí, sin ningún problema. Puede haber excesos de un sitio o de otro, o puede que se interprete que es un exceso la acción proactiva de la justicia. Es decir: “No, no, es que el juez tiene que ser discreto, callarse, quieto, que los asuntos se vayan desarrollando”. O está la visión de decir: “Mire, yo soy el juez que investiga el crimen organizado, el terrorismo y si veo la acción ilícita tengo que confrontarla”. Eso no quiere decir que lo hagas abusivamente, sectariamente, con abuso de tu posición, sino que tienes que enfrentarla porque la sociedad necesita esa protección del sistema. Y si un poder se inhibe, el otro tiene que actuar. Esa es la integración a la que yo me refiero.

P – A. Q. – ¿Puede usted pensar en relaciones apropiadas entre el activismo judicial, el poder legislativo y ejecutivo para que promuevan la cooperación entre estos dos poderes?

R – B. G. - Es lo mismo, tiene que haber una integración, nunca puede haber una yuxtaposición. Si hay fricciones se tienen que resolver, mejor de forma coordinada, pero si no estableciendo los mecanismos para cuando este choque se produce. Y finalmente, la decisión tiene que ser una decisión aceptada y, que va a estar normalmente prevista. Por ejemplo, cuando hay una confrontación de poderes en un asunto –lo que se llama los conflictos de jurisdicción– hay un mecanismo para solucionarlo. Me recuerdo que cuando investigaba los Grupos Antiterroristas de Liberación, para mí era fundamental que el Centro Nacional de Inteligencia me diera unos documentos que podrían tener referencias y contener pruebas respecto de asesinatos o de secuestros y demás, y el Centro Nacional de Inteligencia, que entonces se llamaba CESID, se negó a entregarlos. El ministro de Defensa se negó a entregarlos. Yo lo exigí y él planteó un conflicto jurisdiccional. El Tribunal de conflictos decidió a favor de él y en contra mía. Contraponíamos la

investigación penal frente a la protección de los secretos de estado. Bueno, finalmente las víctimas interpusieron recurso ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Supremo dijo “no, hay que desclasificar. Establezcamos el método de desclasificación, pero hay que desclasificar. No genéricamente, sino en casos concretos.” Por tanto, ahí se resolvió ese conflicto. Para el ministerio de defensa era fundamental la clasificación y el secreto; para mí era fundamental la averiguación de la verdad material sobre unos crímenes y unas posibles pruebas. Bueno, finalmente se encontró un camino. Esa es la integración.

P – A. Q. – ¿Es el Activismo Judicial el resultado de una evolución continua de las sociedades?

R – B. G. - Sí, sin lugar a duda. Es decir, la transparencia, la comunicación. Vivimos en una sociedad de la comunicación. Además de una forma brutal. Inabarcable. Por tanto, son sociedades más abiertas. A la vez se hacen más ingobernables en algunos puntos y también eso significa inseguridades, porque el flujo de información no tiene ninguna depuración y tenemos que mentalmente estar preparados para este choque brutal de algunas informaciones que no tienen ningún control y que pueden ser absolutas posverdades y mentiras o absolutas verdades y ahí hay que estar preparado, y el poder judicial es el que más necesitado de protección queda porque va a ser el que tenga que dirimir después. Por tanto, esa globalización de la comunicación es favorable, pero si conseguimos que quien tiene que interpretar cuando hay choque de derechos sea capaz de asimilarlo y de comprender que esto es así, porque si lo comprende estará en disposición de proteger a unos y a otros y de encontrar una vía adecuada y si no, pues, no va a saber qué hacer porque nos desbordan la evolución de los acontecimientos.

P – A. Q. – ¿Puede usted hacer un balance del activismo judicial en España?

R – B. G. - En España están muy confrontadas las dos posiciones. Hay una visión, por ejemplo, en el Tribunal Supremo muy positivista, en el sentido de que o está en la norma interna o no se aplica, aunque está reconocida a nivel internacional si no se introduce aquí. Por ejemplo, en los casos de jurisdicción universal ha sido muy claro. Es decir, manteníamos las instancias las instancias inferiores, jueces y Audiencia Nacional, una posición diferente. El Tribunal Supremo dijo: “no, tiene que ser así.”, favorecido por el ejecutivo, que dictó una ley de jurisdicción universal en 2014 que prácticamente la hace desaparecer. Fue la decisión de un partido mayoritario en el Parlamento y dejó a las víctimas muy desamparadas. Ahí el triunfo fue por parte del ejecutivo y su mayoría en el

legislativo, pero bueno, seguimos dando la batalla para buscar otros cauces para que se reconduzca esa situación.

P – A. Q. – En el trabajo hago una comparación sobre Alemania, Brasil, Estados Unidos y España. ¿Hay alguna razón para parecer que hay mucho menos activismo judicial en España?

No. España ha sido particularmente activista durante unos años. Es decir, los años 96 en adelante en el ámbito de la jurisdicción universal, el papel de España ha sido protagónico. No solamente los jueces o en el ámbito penal. El Tribunal Constitucional dictó la sentencia en el caso Guatemala, el 25 de septiembre de 2005, donde se daba la apertura mayor a la jurisdicción universal, era el principio *pro actione*, pero es que luego en la sentencia del 1 de octubre de 2007, si no recuerdo mal, en el caso Falun Gong, volvió otra vez a decir lo mismo, es decir, la jurisdicción universal más abierta. Fue un triunfo para las víctimas impresionante. Cerrar un ciclo que comenzaba en el 96 y terminaba en 2005. Luego vino la restricción legislativa de noviembre de 2009, pero todavía se interpretaba y seguía. Y luego vino la norma de 2014 que era más restrictiva. Hasta el día de hoy, pues el Tribunal Constitucional mantiene esa posición y probablemente ahora cuando tenga que decidir algún caso, pues aplicará la nueva normativa, pero bueno, ahora ya lo que se está haciendo es intentar otra vez recuperar esos espacios. Entonces, durante mucho tiempo hubo un verdadero activismo judicial en ese ámbito. Después lo ha habido también en la lucha contra la corrupción, que durante un tiempo anterior no había existido, con costes importantes, incluso en mi propio caso. Es decir, sí hay activismo, pero antes era más evidente que ahora. Ahora puntualmente en algunos temas como la corrupción sigue siendo beligerante por parte de las fiscalías anticorrupción y demás, y menos en otros ámbitos, como es el de la jurisdicción universal, pero en donde existe, en los pequeños núcleos de resistencia, son muchos más convencidos y pelean junto con las víctimas dentro de la jurisdicción, fuera de la jurisdicción, dentro de España, fuera de España. Por ejemplo, la fundación que yo presido, estamos adelantando lo que son los nuevos principios de la jurisdicción universal Madrid-Buenos Aires. La FIBGAR (Fundación Internacional Baltasar Garzón) a lo largo de 4 años hemos estado trabajando más de 100 juristas, en formular como debe de ser el avance de la jurisdicción universal, como criminalizar determinados ataques a la naturaleza, a los ecosistemas, al medio ambiente, delitos económicos y financieros contra las grandes élites, tráfico de armas, productos básicos, catalogarlos como crímenes de lesa humanidad, el ecocidio, etc. Es decir, el

activismo sigue y estamos abogados, víctimas, jueces, fiscales, quizá no son una mayoría, pero aquellos que estamos, estamos muy decididos.

P – A. Q. – ¿Cómo cree que evolucionará el activismo judicial con el desarrollo de las sociedades?

R – B. G. - En lo último que acabo de decir, yo creo: uno que es necesario; dos, que el protagonismo de la sociedad civil es cada vez más necesario, la aproximación de las instituciones a la sociedad y el control de esta sobre la actividad de las instituciones, y en particular, del poder judicial. Transparencia absoluta, control de la gestión del mismo es fundamental para que el poder judicial siga manteniendo o recupere el papel protagónico que ha tenido y que a veces ha perdido por comodidad, por indiferencia a veces, o por cansancio. Es decir, tanto tratar de avanzar y se nos cierra la puerta sistemáticamente. Bueno, esa es la lucha en democracia, tanto en lo judicial, como en lo político. Política, justicia, legislativo, ejecutivo, judicial, no son sino el conjunto de entes y de instituciones que dan forma a un estado social y democrático de derecho y, por tanto, tenemos que conseguir que dé la mayor protección a los ciudadanos, y desde luego no la da yendo hacia atrás, restringiendo derechos. Y jueces, fiscales, abogados, activistas, víctimas, sociedad en concreto tienen la obligación de seguir hacia adelante.

ENTREVISTA 5

DR. JOSÉ JUAN TOHARIA

Sociólogo y catedrático español

Realizada en diciembre de 2017, en Madrid, España

P – Anne Quezado – ¿Cómo cree usted que el activismo es percibido en la sociedad española?

R – José Juan Toharia – Según lo que entienda por activismo, si por activismo entiende un protagonismo del juez para promover la acción de la justicia es percibido con ambivalencia por un lado la ciudadanía considera que es papel del juez indagar y descubrir, porque en España como sabe el juez instructor, que es una rareza todavía, la instrucción, la investigación de los casos la llevan los jueces no la llevan los fiscales, por lo tanto se entiende y es una polémica que esta todavía viva, hay siempre una reforma que no se acaba de hacer en el sentido de entregar la investigación a los fiscales, supervisados por un juez, por ejemplo, la ventaja que tiene el juez de instrucción es que en cualquier momento puede decidir meter en prisión una persona, lo decide él, mientras que si la investigación la lleva el fiscal tiene que tener un juez que es el que autoriza, hay una disputa ahí, España es una rareza, como ya sabe, entonces, al mismo tiempo los fiscales tienen una imagen también ambivalente, por un lado son muy respetados y muy bien evaluados, pero al mismo tiempo como el fiscal general lo nombra el gobierno siempre está la sospecha de hasta que punto son totalmente imparciales, por que los fiscales en España por ley no tienen que ser independientes, no lo son, están en una estructura jerárquica, tienen que obedecer las órdenes del fiscal general, pero si tienen que ser imparciales, es un matiz importante, así como a un juez se le exige que sea independiente, el fiscal tiene que ser imparcial. La independencia no es la característica del fiscal, por que es un cuerpo jerarquizado, se llama fiscal jefe, fiscal general, teniente fiscal, una nomenclatura incluso un poco militar, entonces el fiscal general da una orden y tiene que cumplirse, no tienen autonomía como los jueces, los jueces la independencia judicial es que cada juez es el que tiene la independencia y no se le puede interferir. Entonces el activismo es percibido como digo con ambivalencia, por un lado por que se considera que es una forma de promover la justicia, pero por otro lado el recelo de que se politice en exceso la justicia, y de hecho hay una tentación cada vez mayor de ello, de eso Garrapón,

y no solo él, habla de cómo la politización de la justicia es resultado de la judicialización de la política, es decir cada vez que hay un problema complicado que los políticos no saben como resolver deciden convertirlo en un problema jurídico, para que lo resuelvan o bien los tribunales ordinarios o bien el Tribunal Constitucional, lo cual tiene dos efectos muy negativos, primero traslada la impresión de que los jueces, ya sea el TC o la justicia ordinaria, se meten en terreno político, y eso inevitablemente les tiñe de política, o la idea, que también es muy negativa, de que los políticos son incapaces de encontrar soluciones pactadas, que es lo que es la política, y tienden a convertirlo todo en algo que se pueda dirimir del blanco o negro, y evitan las transacciones, los pactos, los acuerdos. Entonces, digamos que hay una ambivalencia.

Cuando hacemos encuestas en España sobre la imagen de los jueces lo que tenemos es que no es ni muy buena ni muy mala, es una imagen como digo ambivalente, por un lado se considera que son independientes, por otro lado se considera que están siendo objeto continuamente de presión al mismo tiempo que se ve que a veces las presiones tienen éxito y otras veces no, lo que les hace un poco imprevisibles, consideran que son gente preparada, honesta, bienintencionada, pero que la estructura en la que están integrados es perversa, por ejemplo, en España yo creo que de todo lo que la actual democracia construyó en el año 1978, la institución peor diseñada es el Consejo General del Poder Judicial, porque es la única institución en España que se renueva totalmente al 100% cada cinco años, es decir todas las instituciones hay una renovación por tercios, o por mitades, de forma que quede una continuidad de un mandato a otro y se establezca una especie de estilo, de cultura, de esa institución. En España el poder judicial se renueva al 100%, y por lo tanto cada nuevo equipo que llega es discontinuo por completo respecto al anterior, yo dije una vez en un escrito que están condenados a una adolescencia permanente, nunca llegan a madurar. Entonces, y al mismo tiempo, no acabamos de decidir como nombrar a los que integran el Poder Judicial. Se han probado dos fórmulas una que lo escojan los propios jueces entre ellos mismos, y otra es que los escoja el parlamento, el problema de que los escoja el parlamento es que automáticamente los jueces, es como funciona ahora, llevan el sello de “ha sido propuesto por tal partido”, y aunque el juez sea a lo mejor muy independiente y muy apolítico, lleva esa marca, y tiene una segunda consecuencia, que es que los jueces que no pertenecen a ninguna asociación, en España no hay sindicatos de jueces pero sí hay asociaciones, es un puro cambio terminológico, porque realmente funcionan como sindicatos, pero bueno, son sindicatos *sui generis* las asociaciones, hay cuatro, pero básicamente la cuarta es un spin-off de otra

de las tres clásicas, una es de izquierda, otra es más conservadora y otra es más moderada. La más numerosa es la conservadora, la segunda es la más de izquierdas y la moderada queda entre medias. Y luego los jueces que están afiliados a alguna asociación son la mitad, solo la mitad, con lo cual la mitad de los cuatro mil jueces, en cifras redondas, que hay en España no tienen ninguna filiación, la situación actual es que a los miembros del poder judicial se les elige por propuestas de las asociaciones, con lo cual estos tienen una ventaja, y luego se deja un cupo para los no asociados, pero estos como no están organizados siempre están en desventaja. Todo eso hace que luego la prensa, simplificando, diga el juez progresista, por ejemplo, ahora hablando del juez Llarena que está llevando la instrucción del asunto de Cataluña en el Supremo, dicen que fue presidente de la asociación profesional de la Magistratura, la APM, que es la asociación conservadora, automáticamente eso ya para mucha gente le descalifica, dicen es un hombre del partido, del PP. No es cierto, pero tiene esa connotación. Entonces eso hace que ese activismo judicial tenga esa ambivalencia, por un lado, hay jueces que han sido héroes nacionales, como por ejemplo como el juez Garzón y algunos otros más sobre todo en la época de ETA, Grande Marlasca, hay jueces que han sido figuras públicas notorias, y luego hay otros jueces más anónimos, los jueces no estrellas, que tienen también en principio un respaldo. La gente en España en general respeta la justicia y lo que lamenta, esto es un dato de encuesta nuestro, el 80% de los españoles, dicen que todos los partidos, cualquiera que sea su color político, lo primero que intentan es controlar la justicia en vez de ayudarla a funcionar mejor, esa es la impresión que tiene la ciudadanía.

P – A. Q. – Usted habló de la cuestión del nombramiento en España. El experimento ese que fue realizado por la indicación de los propios jueces, ¿qué ha pasado? ¿ha funcionado? ¿Usted ve que hay esa politización real de la justicia simplemente porque existe esa forma de nombramiento a través del parlamento?

R – J. J. T. – No, la politización viene de que, y esto lo ha dicho un constitucionalista inglés que escribió que todo político, incluso el más demócrata, en el fondo de su alma desea controlar a la justicia, de hecho, Franklin D. Roosevelt, que es un modelo de político demócrata, cuando ganó las primeras elecciones de las cuatro que ganó se encontró con un Tribunal Supremo que estaba compuesto por gente muy conservadora. ¿Qué es lo que decidió? Ampliar el número a quince. No lo hizo porque entre medias se murieron dos y reequilibró el tribunal, es decir te da una idea de hasta que punto el poder político siempre tiene la tentación de ver en la justicia una traba o un

impedimento a su actuación, primero porque es lenta, segundo porque obedece a un tambor distinto, la justicia va con una velocidad y la política va a otra velocidad, entonces la politización viene de que quien nombra a los jueces es un órgano en el que predominan los jueces seleccionados por el partido que tiene mayoría en el parlamento, por lo tanto se presume que hay un hilo conductor entre la mayoría parlamentaria, el juez elegido y lo que a su vez luego ese juez hace nombrando a otros jueces, por ejemplo hay una vacante para presidir la audiencia de Ávila, bueno pues eso lo decide el consejo del poder judicial, y entonces claro, hay varios candidatos que se presentan pero no es un sistema automático por su curriculum, han inventado un sistema de audiencias, se les escucha, pero es totalmente por cubrir el expediente, porque luego lo que decide son los votos, y no siempre es elegido el más cualificado, por lo que no terminan de dar con la formula. El Banco Mundial tiene una división electoral, que hizo un estudio en el que mostraba que al final lo que mejor funcionaba era cuando era el Tribunal Supremo, curiosamente, el que nombraba los jueces. Claro aquí se rechaza una idea de corporativismo extremo, pero por último en América Latina es donde mejor funciona y los nombra el supremo. Luego tenemos casos como los países nórdicos o el Reino Unido donde a los jueces los nombra el gobierno, y sin embargo no hay sospecha de su politización, o el caso de Estados Unidos, donde los jueces estatales son nombrados también por el gobierno, claro en Estados Unidos los federales, el tribunal supremo, los propone el Presidente, y los propone por que son afines a sus ideas, pero nadie en Estados Unidos piensa que una vez nombrado, el Presidente coja el teléfono y le diga a ese juez haz esto, porque saben que no es verdad, que es impensable, en cambio aquí está la sospecha es permanente de que como te han nombrado, esto de ese, al mismo tiempo no es tan claro aunque la gente diga que la justicia esta politizada al 100% y no funciona, no, hay esa ambigüedad, por un lado piensan que es independiente, la prueba es que están procesando a los líderes independentistas porque han infringido la ley, pero también han procesado al Partido Popular, a varios dirigentes del Partido Popular y del Partido Socialista, es decir, que lo hacen despacio porque la ley española para mayor complejidad es muy garantista, es muy lenta, hay pocos jueces, tenemos la mitad de jueces por habitante que Francia y la cuarta parte que Alemania, por lo tanto tiene pocos medios, entonces esa da la sensación de abulia o desidia cuando realmente están desbordados.

P – A. Q. – ¿Tiene la percepción del público sobre activismo judicial el potencial de afectar a la visión de la sociedad sobre las capacidades del poder legislativo?

R – J. J. T. – No, no creo, si la pregunta es si la forma en que la ciudadanía evalúa el activismo judicial puede afectar, no, yo creo que en España uno de los problemas que tenemos ahora, y de los que más se quejan los españoles en los sondeos, que es de lo que yo puedo hablar, es que los políticos son muy poco sensibles a lo que la sociedad realmente piensa, por ejemplo en España llevamos muchos años en los que la gente piensa que hay que cambiar la ley electoral, nadie la ha cambiado y en Cataluña, por poner un ejemplo, el 70% de la gente estaba en contra del *procés* y prefería una negociación a pesar de lo cual se ha proclamando esto. El 80% de los españoles piensa que los políticos viven en un mundo cerrado, en una burbuja y que no entienden realmente los problemas de la calle, lo cual es clarísimo. Un sondeo del CIS que se repite continuamente es que los políticos son ahora para los españoles el segundo principal problema del país, después del paro, y nunca había pasado eso. Se percibe que tenemos una clase política muy enclaustrada en sí misma, muy ensimismada, autista, y que no responde a lo que la ciudadanía quiere, a pesar de lo cual el 80% piensa que esta democracia es el mejor de los sistemas posibles, solo que los que la hacen funcionar lo hacen mal, y lo que piden es una renovación de liderazgos, y lo llevan pidiendo desde hace cuatro años, y la prueba es que los dos partidos nuevos, Podemos y Ciudadanos, surgieron después de varios años en los que veíamos en los sondeos que la gente decía que o el PP y el PSOE cambiaban de forma de actuar o se abriría paso a partidos nuevos, y ahora estamos en un cuatripartidismo, Podemos está ahora en un momento más bajo, Ciudadanos esta subiendo, y hay un anhelo de renovación, pero es básicamente por la falta de capacidad de captación, de sensibilidad, a lo que piensa la ciudadanía.

P – A. Q. – ¿El juez debe sensibilizarse con las demandas de la sociedad?

R – J. J. T. – Claro, eso ya lo decía Platón, el mejor juez es el que habla con toda clase de personas, entonces el error durante muchos años fue pensar que el juez tenía que ser un extraño, encerrado en una torre de marfil y que no debería contaminarse con la sociedad, eso hoy en día se entiende que es un error y lo que se pide es que el juez sea, como dice el artículo 3 del código civil español, que es un artículo muy interesante, porque fue reformado el último año del franquismo, ya cuando el franquismo no lo era ya realmente, y dice textualmente, es el párrafo segundo algo así como que la ley debe ser aplicada teniendo en cuenta las circunstancias sociales del momento, es decir es una sociologización de la aplicación de la ley, es decir, lo que se pide es que haya una mayor atención a las circunstancias reales y no se ensimismen en ese mundo puramente judicial

técnico, que es una tentación porque se pasan el día entre jueces, entre fiscales, pero se aprecia mucho los jueces que son capaces y se espera que sean ciudadanos comunes como los demás. De hecho, en varios sondeos que hemos hecho cuando preguntamos a los jueces sobre su orientación política lo que sale es un perfil muy parecido al de la sociedad española, en este sentido, la sociedad española se reconoce en sus jueces, es decir cuando les preguntas a los españoles ¿Usted diría que hay más jueces de centro, derecha o izquierda? la distribución que te sale es la misma que ellos mismos predicen de sí mismos, y cuando les preguntas a los jueces se definen muy parecidamente, es decir, que la justicia española está un poquito más escorada hacia el centro derecha que la población española, pero no hasta el punto de que digamos que la justicia es en bloque conservadora y la sociedad en bloque de centro izquierda, no, es muy parecido el perfil, en ese sentido los españoles no recelan.

P – A. Q. – Y ese cambio de contaminación, ¿usted ve que ya existe efectivamente en la justicia española, que los jueces actualmente tienen consciencia de la necesidad?

R – J. J. T. – Tienen consciencia de su papel social, tienen consciencia del impacto que tienen sus decisiones, creo que les influye en exceso los medios de comunicación, están demasiado pendientes de los medios de comunicación, más que nada por los comentarios que luego entre los colegas suscitan, pero en conjunto, creo que tienen la consciencia de que su deber es aplicar la ley actual, la ley democrática, de la forma más correcta posible, y claro a veces los políticos se quejan de que no son sensibles a lo que sería más oportuno, pero es que los jueces dicen que su papel no es ser oportunos, es ser rigurosos con la ley

P – A. Q. – ¿Es el activismo judicial bueno o malo para la sociedad y por qué?

R – J. J. T. – El activismo judicial es una patología que responde a otra patología. Si la democracia funciona mal, acaba derivando en un activismo judicial, que a su vez se convierte en patología. Por ejemplo, para mí es un caso interesantísimo el de los jueces antimafia en Italia, que son gente admirable, a los que admiro y entre los cuales hay algún mártir como Falcone, que fueron asesinados miserablemente, pero que respondían a una disfunción grave del sistema político, entonces eso lleva a que alguien tiene que hacer de justiciero y remangarse. Entonces es positivo, si claro, pero al mismo tiempo es síntoma de una disfunción, de una patología, el sistema no funciona bien, en el sistema que funciona bien el papel del juez no es el de ser activista, sino el de simplemente resolver

aquello que se le presenta, porque el papel del juez no es tanto promover la justicia ni resolver problemas sociales como el de zanjar las cuestiones que se le presentan, en la legislación española y gran parte de la europea, el juez no puede ir más allá de lo que se le pide, no puede decidir cosas sobre temas que no se le han planteado, tiene que limitarse a zanjar aquello que se le presenta, y a veces, comprendo que debe ser muy incomodo para el juez saber que lo que se le presenta podría ser solventado de otra manera, pero tiene que atenerse, no puede ir más allá de lo que las partes piden, por tanto si la sociedad funciona razonablemente bien, si el sistema político es razonablemente sano y funcional, el activismo judicial no tiene cabida, sería disfuncional, es una patología que viene a corregir otra patología, entonces el riesgo es que eso se convierta en una función permanente, la justicia no es el Pepito Grillo de la sociedad, cuando ocurre eso es que la sociedad funciona mal, porque los elementos de inspección, de supervisión, y control son muchos en cualquier sociedad democrática y el juez lo que debe hacer es zanjar los conflictos, pero no hacer de buscador, de supervisor, de cómo funciona la sociedad, eso no es su papel, es el del parlamento.

P – A. Q. – Sin embargo, si esas cuestiones llegan a él, por ejemplo en América Latina, y hablo de Brasil, hay un problema bastante grande en relación a las cuestiones sociales, problemas que llegan al poder judicial como han llegado aquí en España la cuestión de las viviendas, es un tema que es político, la legislación es así y se puede interpretar, yo puedo decir no tengo legislación que me permita conceder eso pero hay una legislación en el ordenamiento de la UE que me podría ayudar a concretizar mejor ese derecho fundamental.

R – J. J. T. – Es el caso de las hipotecas, pero es el caso de una patología, es decir cuando el sistema político no resuelve bien un problema, entonces está fallando en una de sus funciones básicas, entonces queda como factor residual de resolución del conflicto la justicia, pero no es su papel primordial, es una actuación de extrema necesidad subsidiaria a que hay un sistema que no funciona, pero no porque eso sea su función primordial, el tribunal no es el que tiene que decir: ¡oiga, lo de las hipotecas esta mal!, eso tiene que hacerlo hacienda, tiene que hacerlo el gobierno, la fiscalía incluso, y el juez es el que decide, entonces cuando un abogado, un abogado además muy sencillo, muy humilde, de un pueblo de Barcelona decide ayudar a un inmigrante marroquí y plantea esto, y lo plantea ante un juez, el juez entonces interviene, además un juez que era un juez de la asociación más progresista, se lo toma en serio y dice vamos a ver, como la

legislación europea es aplicable en España, indagar que hay, y toma el caso en serio y funciona, pero no es el juez el que inicia el asunto, es un abogado desesperado porque quienes tendrían que resolverlo no lo han resuelto, entonces es una vacuna o un remedio o un antibiótico frente a algo que funciona mal, pero claro el antibiótico no es el método ideal para resolver los problemas, hay que evitar que surjan, que se inflame, y ese es el papel de la política, cuando hay inflamaciones que requieren que la justicia intervenga como antibiótico para resolverlo es que el sistema no funciona bien en ese aspecto concreto.

P – A. Q. – ¿Considera que el activismo judicial es apropiado para todas las sociedades o hay algunas sociedades en las que no es apropiado?

R – J. J. T. – Yo no sé si el término adecuado es apropiado, yo diría si es probable o improbable, es más probable en aquellas sociedades en las que el sistema político tiene alguna disfunción importante, hay es probable, y no solo probable, es necesario y positivo, siendo patológico, que se produzca, porque si no la sociedad queda inerte y es mas improbable cuando la sociedad funciona adecuadamente, siempre hablando de sociedades democráticas. Caso de España, Brasil, Francia, Italia, son sociedades democráticas, ninguna sociedad democrática es cien por cien perfecta, eso no existe, pero las nórdicas se acercan más, pero aun así el ideal no existe, pero si hay unos mínimos que hay que cumplir y los cuatro casos que he dicho son sociedades democráticas, Ahora, yo no digo que funcionen bien en todos los aspectos, ha disfunciones, entonces si de pronto resulta que hay pautas de corrupción, como paso en España, Brasil e Italia, o pautas de intromisión en la vida legislativa que hacen que no se tomen medidas adecuadas, entonces se dan todas las condiciones para que haya activismo judicial, lo cual a su vez indirectamente es un buen síntoma, porque quiere decir que la justicia no esta corrompida ni esta condicionada, es decir cuando hay activismo judicial decimos que esto no es buen síntoma porque quiere decir que la democracia funciona mal, pero es un buen síntoma en el sentido de que ese mal funcionamiento no llega hasta haber corrompido la justicia que mira para otro lado, entonces ese es el lado bueno de la cuestión, que hay una justicia independiente o por lo menos con la suficiente independencia para poder ser beligerante en una cuestión que las demás instituciones que deberían resolverla no lo resuelven y la justicia con todas sus imperfecciones y deficiencias constituye la última salvaguarda de los derechos y libertades de los ciudadanos, y desde hace treinta años el 73-74 por ciento te dicen que sí, de los españoles, que luego se muestran críticos, pero que saben que en

última instancias si hay un hecho grave esa es una institución que está ahí, no está corrompida, puede estar condicionada, en cada caso concreto más o menos sensible, pero que en conjunto cuando llegan temas graves sabe que se puede confiar en ella, creo que eso pasa en todos esos países, no deja de ser una democracia, es como aquí según los sondeos se sabía que el ejercito era una de las instituciones mejor evaluadas, y había gente ya mayor que decía ¡que barbaridad!, pero en una democracia si tu no te fías de tu ejercito es que no estás en una democracia, claro, es gente que estaba con la mentalidad del franquismo e identificaba ejercito con represión, pero claro en todas las democracias las fuerzas del orden, los militares, están muy bien evaluados, por que son los que defienden, y cuando no te fías de ellos es muy mala cosa.

P – A. Q. – ¿Es el activismo judicial solo una manera fácil de llenar los huecos entre la justicia y la ley o es una herramienta para hacer los derechos fundamentales efectivos utilizando la figura del juez?

R – J. J. T. – Pues es las dos cosas, lo que pasa es que yo te diría que es cuando no hay quien lo haga en su lugar, el activismo judicial siempre es una respuesta a un hueco, un vacío, un problema no resuelto, pero no es, creo, ni debe ser, una función primordial del juez, es decir, los jueces se ven forzados o se ven obligados a tener que hacer activismo para cubrir campos de acción que otras instituciones políticas no hacen, tienen que meterse en un campo muy ambiguo, mitad jurídico, mitad político, que no les corresponde, pero no por que esa sea su función, los jueces en una democracia no tienen que ser proactivos en lo del activismo, eso es una consecuencia de que otros no lo sean, es una obligación porque tienen obligación de guardar las promesas, hay un libro de Antoine Garapon que se llama “El guardián de las promesas”, y dice que el juez es la figura que en una democracia tiene a cargo guardar las promesas, ¿qué promesas? las que la ciudadanía se hace a sí misma a través de las leyes, Garapon dice que las leyes no son sino una promesa, un compromiso, que la sociedad, sus representantes, adquieren por sí mismos, y ¿quién vela porque esas promesas que la sociedad se hace a sí misma, esos compromisos que la sociedad quiere mediante la situaciones políticas, se cumplan? La justicia.

P – A. Q. – ¿Puede sugerir criterios para discriminar entre el activismo judicial de los jueces legítimo y el activismo personal que no hace sino reflejar opciones ideológicas?

R – J. J. T. – Pues sí, yo creo que el criterio es cuando el activismo es reactivo o es proactivo, es decir, el activismo judicial “sano”, es el que surge cuando no queda otro remedio, cuando hay un hueco y alguien tiene que cubrirlo, y el “patológico”, es cuando el juez se constituye en justiciero, y por su cuenta y riesgo decide investigar, que es lo que se le puede achacar al caso de los jueces de Milán, con toda la admiración que merecen y con toda la limpieza de intenciones que sin duda tenían di Pietro, en fin, estas figuras míticas, pero claro, es que si tu papel es ponerte a husmear, a descubrir cosas, pues siempre descubres cosas. ¿Por qué lo hicieron? Porque Italia en aquel momento llegó a un nivel de corrupción que nadie investigaba aquello, es una reacción porque alguien tiene que hacerlo, pero no porque esa sea su función principal. Paradójicamente algo tan admirable como di Pietro, Borsellino, Falcone, lo que acabaron consiguiendo es que viniera Berlusconi, porque consiguieron poner patas arriba un sistema corrupto y el sistema estaba tan corrompido que la solución es que venga algún nuevo líder, lo que quiero decir es que es sano cuando es reactivo, cuando no hay otra alternativa porque los jueces son la última salvaguarda de las libertades, pero no es su función el ser la proa o el espolón de choque de la defensa, eso tiene que ser la sociedad, porque el juez no puede ser juez y parte, no puede ser promotor y al mismo tiempo juzgador.

P – A. Q. – ¿Cree usted que se crea algún problema para la división de poderes de gobierno en cuerpos separados? ¿Es hora de reconsiderar esa división de poderes?

R – J. J. T. – Sí, porque es que ahí hay un malentendido, si coges “El espíritu de la Ley” de Montesquieu verás que él nunca habla de la división de poderes en la forma en que luego la hemos entendido, Montesquieu entiende la justicia de una forma muy peculiar, si lees la definición que hace de la justicia es literalmente un jurado, el entiende que la justicia tiene que estar formada por pares, está muy influido por el sistema anglosajón, que se renuevan periódicamente los profesionales y para casos concretos, y en ese sentido no constituyen un cuerpo estable, un poder. Él nunca habla del poder judicial, el habla de la capacidad, la potencia, la facultad, pero una facultad no es un poder, eso luego se simplificó y se usó como la teoría de la separación de poderes donde hay tres poderes, pero no, en una democracia no hay más que un poder que es el legislativo, que es el representativo, el elegido democráticamente, los jueces no son elegidos democráticamente, el ejecutivo lo es en la medida en que o bien es votado paralelamente al parlamento o lo elige el parlamento, pero ¿la justicia?, en Estados Unidos se ha llegado a tomar al pie de la letra y los jueces estatales se nombran, y es un desastre,

se politizan, es un error. En Europa desde hace ya veinte años se ha ido cambiando el concepto del poder judicial por el servicio de la justicia, eso a los jueces más conservadores les molesta mucho porque entienden que pierden rango. El problema de un poder es que siempre, si se construye una institución que se define como poder, es que siempre hay que estar acechando a que no le limiten el poder que tiene, vigilando los límites, por lo tanto, ejerciendo ese poder y por tanto en conflicto con otros poderes, lo cual es disfuncionar una democracia, porque en una democracia no hay más poder que el que emana de la libre voluntad de la ciudadanía. En Francia publicaron un folletito en el año 1990 que dice “un concepto nuevo, el servicio público de la justicia”, y ahora todo el mundo habla del servicio de la justicia, el servicio público especial, de muy alta responsabilidad, muy especializado, pero no es un poder, salvo metafóricamente. Entonces yo creo que hay que acabar con esa idea del poder judicial, es el servicio de la justicia, que es un servicio de suprema importancia, separado del poder judicial porque el único poder en una democracia realmente es el poder que delega la soberanía y que es el que emana de las elecciones

P – A. Q. – ¿Puede usted pensar en relaciones apropiadas entre el activismo judicial, el poder legislativo y ejecutivo para que se promueva la cooperación entre estos?

R – J. J. T. – Sí, lo ideal sería que el legislativo sea sensible y responsa y canalice y de respuesta a los problemas reales que existen, si el legislativo y el ejecutivo se paralizan o se frenan o no son capaces a dar respuesta a los problemas, entonces evidentemente la sociedad tiene que buscar otra salida, y otra salida es acudir al juez. Entonces se intenta vestir de forma jurídica problemas que son de otra naturaleza, aunque si te empeñas todos los problemas tienen un aspecto jurídico, pero lo estás desvirtuando. Es muy cómodo para los políticos la tentación de decidir que los problemas muy complicados los decida el juez, en vez de pactarlos entre ellos, como el caso del aborto, por ejemplo. En el caso del aborto ciertamente hay un componente de derechos básicos, pero no es lo más importante, en principio quien tiene que legislar y decidir si eso es delito o no es delito y en que condiciones se permite son los que tienen encomendado por el pueblo la capacidad de tomar decisiones, que son los parlamentarios, son los políticos, pero cuando estos ven una cosa complicada dicen “que lo decidan los jueces”, para decir no, es que es una decisión abstracta, pero eso no existe, el tema es además que la cooperación se da automáticamente cuando cada cual cumple su papel, el problema del activismo judicial es que está asociado a la disfunción o al inadecuado funcionamiento de

otras instituciones de la democracia, básicamente las políticas, básicamente los partidos, esa es la clave. En una democracia donde las instituciones funcionan razonablemente bien el activismo judicial es nulo, ¿quién habla de activismo judicial en Suecia o en Dinamarca? ¿Qué juez estrella conocemos de Finlandia? Ninguno, sin embargo todo el mundo dice que los sistemas judiciales que mejor funcionan son los de las democracias más avanzadas, porque el activismo es propio de países mediterráneos, del sur, con democracias complejas, países latinos, donde por una serie de factores la vida política no acaba de fraguar con una cultura que se permite revisar cuál es el papel del juez y esa tendencia que es muy cómoda, los problemas muy complejos mandarlos a la justicia, que tiene dos ventajas: te quitas la responsabilidad y van a tardar mucho en resolverse.

P – A. Q. – ¿Es el activismo judicial el resultado de una evolución continua de la sociedad en sentido hegeliano?

R – J. J. T. – Pues no lo se, yo diría que no, no era necesario que apareciera, no era algo que inevitablemente tuviera que acabar ocurriendo en la vida democrática, es algo accidental y que responde a situaciones de rigidez, de falta de adaptación de la vida política a la vida real, cuando en los años 60 se hablaba del uso alternativo del derecho, que fue una tendencia que hubo muy importante en la izquierda judicial, sobre todo en Italia una vez más, que consistía en decir el derecho es interpretable, es un poco, estoy exagerando, como la posverdad o la verdad alternativa, se puede hacer un uso alternativo, hay siempre una ley superior que es la constitución, que tiene normas generalmente muy ambiguas, porque cuanto más general es una ley más genérica tiene que ser, porque si no son doce mil artículos, entonces siempre vas buscando aquella norma superior suficientemente ambigua para conseguir una interpretación distinta, alternativa, y te acoges a la que más te conviene. Eso genera un peligro muy importante, porque la función del derecho es la garantía, la seguridad jurídica, entonces de pronto lo conviertes en arenas movedizas donde todo es interpretable de mil maneras, eso se convierte en un mundo lleno de incertidumbres. En la vida económica y social puedes tener un riesgo, los empresarios continuamente tienen que tomar decisiones y lo entienden porque su tarea es asumir riesgos, el riesgo es calculable, la incertidumbre es demoledora, porque es que no sabes, puedes trabajar con riesgo, pero con incertidumbre no porque no tienes claro el paisaje, nos sabes que va a aplicarse o no, no sabes que normas exactamente te ponen qué límites, entonces el problema de ese tipo de planteamientos es que termina llevándote a la incertidumbre generalizada.

La ley es fluida, es una especie de gelatina que se puede moldear en la idea del uso alternativo del derecho. ¿Por qué surge? Surge ante un sistema jurídico muy rígido, muy fosilizado, muy poco permeable a las demandas sociales, y una judicatura por el contrario que todos los días se enfrenta con problemas en los tribunales y que ve que aquello no se lo resuelve, hay que buscar una solución y o me convierto en algo inútil para la sociedad y violo mi papel, o voy más allá de mis atribuciones, y siempre es como reacción a un mal funcionamiento de un sistema democrático, en una democracia que funciona bien la justicia tiene clarísimamente determinado su papel, y cuando surgen todas estas iniciativas generalmente muy bien intencionadas, generalmente con una vocación de servicio público, no creo recordar ni un solo caso de activismo judicial que respondiera a intereses oscuros o turbios, siempre ha sido por necesidad, porque nadie más lo hace, por lo tanto están siendo un síntoma de que algo en la sociedad funciona mal. No hay activismo judicial en las democracias que funcionan bien.

P – A. Q. – ¿Cómo cree que evolucionará con el desarrollo de las sociedades el activismo judicial?

R – J. J. T. – Será más infrecuente, cuando se dé tendrá mucha más repercusión, porque si la sociedad funciona mejor, cuando el juez se ve obligado a tomar un papel de intervención directa en la vida pública es porque ha detectado algo muy grave, por lo tanto como será más infrecuente tendrá más impacto, y generará más ejemplaridad y por lo tanto redundará en un mayor prestigio de la judicatura y de rebote en una mayor sensación de seguridad jurídica, democrática en la ciudadanía, justamente por eso, al ser más raro, es como cuando en una sociedad muy segura donde no hay robos se produce un robo y produce una alarma, mientras que en una sociedad donde todos los días te roban por la calle te roban el monedero y nadie se asusta porque es lo usual. Cuando de pronto en una democracia que funciona muy bien, y lo normal es que las democracias vayan a mejor y no a peor, y de hecho es así, cada vez hay más democracias, nunca ha habido tantas, muchas de ellas funcionan perfectamente porque la democracia se aprende con el uso y requiere su tiempo, hay que tener una cultura democrática que lleva generaciones, el papel de promover o de vigilar las promesas, que es una buena fórmula de la judicatura, cada vez será menos necesario y cuando sea necesario tendrá un impacto enorme porque será muy excepcional.

P – A. Q. – ¿Cree usted que hay poco activismo judicial en España? ¿Sabría decirme las razones para que esto sea así?

R – J. J. T. – No sé si hay mucho o poco, es muy difícil decirlo, hay activismo judicial, en unas etapas lo ha habido más, en otras lo ha habido menos, probablemente la etapa en que hubo más activismo judicial pudo inquietar por un doble motivo a los responsables políticos, por un motivo positivo, entendían que eso no era bueno para el sistema, por un motivo negativo, es que veían en peligro su propia situación ante las actuaciones de los jueces, entonces los dos factores se unieron y pusieron remedio a esto. En España, el activismo judicial en parte se potenció con la existencia de un tribunal raro, atípico, que es la Audiencia Nacional. La Audiencia Nacional se creó bajo en franquismo como tribunal de orden público, y era un tribunal que tenía jurisdicción sobre toda España, y en España como en casi todos los países, cada juez tiene jurisdicción solo en un territorio, y cuando hay un delito le corresponde la investigación al juez de cada territorio. El problema es qué pasa con delitos que se cometen en un sitio, pero tienen impacto en toda la sociedad, como los delitos de terrorismo. Entonces se creó el Tribunal de Orden Público básicamente pensando en luchar contra ETA, con ETA eran delitos que se podían cometer en una provincia, en otra, en otra, y entonces empezar cinco investigaciones para todo eso. También en el caso del franquismo para delitos de opinión, para delitos políticos, por supuesto. Cuando termina el franquismo se descubre que el Tribunal de Orden Público en el fondo está actuando como una especie de Tribunal Federal para delitos “federales”, y se convirtió en la Audiencia Nacional y se reservó para delitos de trascendencia nacional, ya no delitos políticos, pero sí delitos de terrorismo, de narcotráfico, delitos que superan el ámbito de actuación de un territorio judicial. Por eso en el caso de Cataluña algunos de los encausados tenían un delito contra la Constitución, que es de ámbito nacional, y en otros casos se entendió que estaban actuando contra el *Estatut* y fueron juzgados por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Entonces ese Tribunal, desde el momento que tiene facultades de investigación sobre todo el territorio nacional, tiene una repercusión mediática mucho mayor que el que el juez de Salamanca, Oviedo o de un pueblo de Castilla esté investigando un caso de corrupción, en el momento en que es un tribunal que es como un tribunal federal, y que es el único que existe así, de ahí se va al supremo, eso favoreció la aparición de jueces estrella y del activismo judicial, porque eran casos de interés nacional, como el narcotráfico, el terrorismo, el contrabando organizado, todas las mafias que operan en España, todo eso son delitos que recaen sobre la Audiencia Nacional, delitos que superan el ámbito regional.

P – A. Q. – ¿Usted consigue visualizar que el activismo judicial estuvo durante ese tiempo concentrado en la Audiencia Nacional o estaba diseminado? ¿No se ve activismo judicial en un juez de primera instancia?

R – J. J. T. – No, era la Audiencia Nacional porque el juez normal en España no ha tenido ese relieve, porque si el juez de un territorio, de un distrito, de una provincia, descubre un caso de repercusión nacional, pasa a la Audiencia Nacional entonces por eso los magistrados de la audiencia nacional han sido jueces estrella, pero no porque lo buscaran, sino que son los casos los que son estrella, porque son los que han llevado casos muy llamativos, entonces es esa la explicación.

P – A. Q. – Sin embargo, haciendo una comparación con la justicia de Estados Unidos, ¿Usted cree que hay poco activismo hoy en España o no?

R – J. J. T. – En este momento hay poco activismo, si usted pregunta en la calle el nombre de un juez nadie responde, en cambio hace unos años le decían dos o tres.

P – A. Q. – Una vez estaba viendo a un abogado en una entrevista, y él decía que creía que sí que había mucho activismo en España porque hoy en día los jueces no aplican más reglas, hacen interpretaciones de principios, y al hacer interpretaciones de principios dan ese margen de ser o no previsible, porque si la regla es clara ya sé que camino va a tomar, pero si es principio, puedo aplicar diferentes reglas, y él decía eso, pero ¿usted cree que es así? ¿que yo puedo imaginar que el activismo judicial estaría vinculado a la aplicación de reglas o principios y la previsibilidad o no del sistema?

R – J. J. T. – Yo creo que ese abogado dio una respuesta muy de abogado, un abogado dice “esto depende del juez”, lo cual es verdad porque hay un criterio, un margen de discrecionalidad, la independencia judicial. Sin embargo, claro, eso no es activismo, si eso fuera activismo tendría unas mismas pautas, eso es sencillamente que en temas muy puntuales donde no hay una doctrina establecida, porque en España los tribunales están obligados a seguir la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, si no hay doctrina cada juez es independiente, la decisión judicial es de cada juez cuando va a juzgar, ¿qué garantías hay de que un mismo caso sea sentenciado igual por dos jueces distintos? Después está la segunda instancia, y después la jurisprudencia, y si no hay jurisprudencia es que es un caso nuevo, pero por otra si el abogado lo plantea de una forma nueva en la que no se puede aplicar la jurisprudencia, pero cuando llega a la segunda instancia lo

acabas perdiendo, entonces eso de que los jueces actúan más por principio, sinceramente me parece una respuesta de abogado, dicho sea con todo respeto, por una razón muy sencilla, porque a los jueces les molesta mucho que les anulen sus sentencias, como a cualquier profesional, a un juez de primera instancia no le gusta que su sentencia sea revocada por un tribunal superior, porque es una prueba ante sus colegas, que muchos de ellos son los que van a decidir sobre su promoción, de que ha hecho algo mal, entonces eso no es que les lleve primero a intentar adivinar que piensan los jueces superiores, pero sí les lleva a plantear sus decisiones de la forma más atada y más respetuosa con la normativa y la jurisprudencia posible para que no digan ya está otra vez el juez este haciendo invenciones, lo que pasa es que cada uno ve las cosas como le va, y como los abogados tienen casos todos los días terminan viendo que en conjunto los jueces son coherentes, pero que luego a veces te sale alguno, pero que se acaba corrigiendo, sino no habría en España el uso tan masivo que hay de los tribunales, si la justicia fuera una lotería la gente lo evitaría, si hay un uso tan masivo a la justicia que esta bloqueada es que se sabe que con todas sus deficiencias hay básicamente unas condiciones en las que no te pueden garantizar exactamente lo que te va a salir, pero a *grosso modo* sí, porque hay jurisprudencia, hay doctrina, la primera decisión es la decisión donde hay más margen de flexibilidad del juez, pero si lo recurres ya hay menos margen, porque hay más normas, y en el supremo hay una doctrina.

P – A. Q. – En el tema de la historia de España, antiguamente se veía la justicia como la justicia del rey, incluso hoy las sentencias salen como “en nombre del Rey” ¿esto de alguna manera podría explicar ese poco activismo de España?, y segundo, ¿hoy en día se puede decir que hay justicia del pueblo en España?

R – J. J. T. – Sí, la Constitución lo deja muy claro, define el papel del Rey y porque se usa el nombre del Rey en las sentencias, es pura retórica, no tiene mayor importancia, dice que el Rey es el jefe del Estado, símbolo de la unidad y permanencia del Estado, arbitra y modera el funcionamiento de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes, es decir la función del Rey es representar el Estado español, es el representante del Estado, entonces cuando el juez dice “en nombre del rey” lo que está diciendo es “en nombre del Estado español”. El artículo 1 de la Constitución dice que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del estado, es decir cada vez que dice el nombre del Rey lo que dice

es en nombre del Estado español, es decir en nombre de todos los españoles, en lugar de decir en nombre del pueblo español se podría decir, en Estados Unidos se dice *The State of Virginia against fulanito* aquí es en nombre del estado español, entonces como el artículo 32 define al rey como el representante del estado y el estado es el representante de la soberanía nacional, es decir del pueblo español, en el fondo es equivalente a decir en nombre del pueblo español representando por su jefe del Estado que es el Rey, no es una justicia real al estilo antiguo.

¿Esto era evitable? era evitable, ¿por qué se hizo? Probablemente por mimetismo a lo que es usual, durante el franquismo para evitar definir el régimen siempre se hablaba de el Estado Español, Franco siempre evitó decir si esto era una república, una monarquía o qué era, cuando tuvo que hacerlo en el año 39 o 38 optó por el Estado Español que eso no dice nada, nunca la definió la forma, nunca hasta que se murió, entonces cuando Franco se muere, en la Constitución el estado se define como una monarquía representativa parlamentaria, entonces para evitar, creo yo, ese recurso al estado español que ahora los independentistas usan mucho pero que no es un invento nuevo, su uso generalizado para no decir España era del franquismo, para evitar eso probablemente se decidió decir en nombre del Estado español, en nombre de España, de los españoles, pues en nombre del Rey que representa al pueblo español, el Rey es un representante, no elegido en elecciones, pero por su cargo su tarea es puramente representativa, no tiene funciones ejecutivas.

ENTREVISTA 6

DR. JOSÉ LUIS DE BENITO

Magistrado español

Realizada en diciembre de 2017, en Madrid, España

P – Anne Quezado – ¿Cómo cree usted que el activismo es percibido en la sociedad española?

R – De Benito – El poder judicial en España es un poder judicial independiente y respetado en el sentido de que a lo largo de todos estos años de democracia que llevamos se ha forjado una idea en la sociedad civil de que el poder judicial es garante de la dignidad del estado, es la garantía de la dignidad del estado. Esto se ha visto incentivado por los últimos casos de corrupción y el papel de los jueces en los casos de corrupción, y de la última crisis constitucional que se ha vivido en relación con la Constitución española, por tanto el prestigio de lo que es la carrera judicial de los jueces como concepto es notable, otra cosa es que la actividad de los jueces en determinados casos puntuales, y sobre todo la actividad de los órganos de gobierno de los jueces, que son por un lado el Ministerio de Justicia y por otro el Consejo General del Poder Judicial sea percibido de igual modo, eso es la gran contradicción, que mientras que unos órganos son considerados órganos politizados, sus gobernados, es decir los jueces, son considerados funcionarios dignos, independientes, y sabios, por tanto es una contradicción que luego me imagino que profundizaremos en ella, pero es una contradicción que es la madre de todas las situaciones críticas que se generan en relación con el Poder Judicial, es decir el núcleo está en esto, por un lado órganos de gobierno de los jueces y por otro lado actividad de los jueces como tales profesionales de la justicia, son sensaciones antitéticas, sensaciones de la sociedad que es al fin y al cabo a quien servimos, completamente contradictorias.

P – A. Q. – ¿Y cómo se resuelven esas contradicciones?

R – D. B. – Se resuelven en el día a día, es decir, nosotros como órgano de gobierno gestionamos la vida administrativa de los jueces, pero nunca la vida jurisdiccional, y llamo vida jurisdiccional a las resoluciones que toman los jueces, ahí no podemos entrar para nada ni el ministerio ni nosotros, pero sí gestionamos su vida administrativa que en muchos casos condiciona la vida jurisdiccional, entre otras cosas para que tengan más facilidades, más medios, más garantías de poder dictar sentencias

con independencia suficiente. Entonces, mientras esa gestión de la vida administrativa es duramente criticada por ellos mismos, resulta que jurisdiccionalmente hablando ellos cada vez tienen más medios, sin duda, pero como yo siempre digo, nosotros somos un gobierno que gobernamos a una población muy especial, elitista y exigente que son los jueces. ¿Por qué? Porque mientras que de los tres poderes del estado, el gobierno, un ministro o un secretario de estado lo es en función de que pertenece a un colectivo que es gobierno, un parlamentario en el poder legislativo es legislador en función de que pertenece a un colectivo, que es el Parlamento, un juez es juez como persona, o sea el decide personalmente y ostenta un poder que no tiene ni el legislativo ni el ejecutivo como persona, no por pertenecer a un colectivo, sino como persona, o sea un juez a ti te puede mandar a la cárcel o embargarte, él como persona, mientras que el legislador puede dictar una norma pero después de una votación, unos votos como mínimo, etc., y un gobierno tiene que ir a Consejo de Ministros, dictar un decreto, etc. El juez no, el juez dicta, dispone, que se dice en castellano antiguo, sobre vidas y haciendas, o sea sobre tu vida en el sentido figurado y sobre la hacienda, sobre el patrimonio, pero dispone él personalmente, sin ningún tipo de cortapisa más que la propia ley, lógicamente, y la propia Constitución.

Esa es la gran diferencia, el poder como persona imprime carácter y los convierte en clientes muy exigentes, por lo tanto es un gobierno de 6.000 jueces que hay en España, en esta casa, pero muy difícil de gobernar, porque es gente con un poder personal evidente y luego además con unas exigencias lógicas y democráticas de buen gobierno, por lo tanto nuestro papel no es fácil, y además de eso se produce un problema adicional que es que dentro de este gobierno que tiene el CGPJ respecto a los jueces en la vida administrativa hay un tema que es nuclear, fundamental, que nosotros no disponemos de ello, que es lo que se llama en el presupuesto sueldos y salarios, el tema es que el presupuesto para pagar los sueldos y salario, las instalaciones y los medios de los jueces no lo tenemos, lo tiene el Ministerio de Justicia, y por tanto es un arma fundamental, quien tiene el dinero tiene gran parte del poder y un colectivo entre otras muchas cosas lo gestionas a través de sueldos y salarios.

P – A. Q. – Aunque usted mencionó antes que, obviamente, el trabajo del CGPJ no interfiere en la actividad jurídica, hay una percepción sobre si hay activismo o no y como es esto.

R – D. B. – Esa percepción deriva de los nombramientos discrecionales, es decir a la cúpula judicial, la designa el Consejo, y el Consejo lo forman 21 miembros, el presidente y veinte, y a esos veinte los nombra el Parlamento, yo soy partidario de que los nombre el Parlamento, ¿por qué?, porque el Parlamento es el lugar donde reside la soberanía popular, y si los jueces juzgan y hacen ejecutar lo juzgado en nombre del pueblo español pues entonces qué mejor que el Parlamento los designe.

P – A. Q. – Sin embargo, no siempre fue así, hubo un tiempo en que esto no era así.

R – D. B. – Exacto, un error, porque entonces se convierte esto en un sindicato, corporativo, por eso yo soy fiel partidario de eso. ¿Qué ocurre? Pues que los parlamentarios son los que lo hacen mal, es decir, yo a usted le doy un arma, un arma democrática, que es que como representantes del pueblo usted me elija, pero elíjame bien, no me elija a los que usted luego puede manipular, o no llame por teléfono usted a un vocal de aquí diciéndole quiero que me nombres a este para este cargo porque me viene muy bien. El error no es un error de diseño, el error es de las personas, de los diputados y de los partidos políticos, que no son corresponsables de la importancia que para un país tiene una justicia democrática, es como el nombramiento del director de la radio y televisión pública, el sistema esta muy bien, lo nombra el Parlamento, pero si usted no hace caso de mayorías cualificadas y nombra directamente a un tipo al que sabe que puede dar instrucciones, el sistema falla. ¿Hay alternativas? Desde mi punto de vista no, el sistema tiene que ser la elección parlamentaria, sí hay alternativas en cuanto, por ejemplo, al número de miembros que hay aquí, son muchos, son veinte, es una barbaridad, tendría que limitarse a seis, y si es un órgano de gobierno, porque hay un debate filosófico sobre la naturaleza jurídica del CGPJ, si es órgano de gobierno es gobierno, pero como las decisiones se toman colegiadamente, con votaciones, es parlamento también, en el sentido de que las decisiones son votadas, hay ponencias que se presentan para su estudio, etc. Yo sigo pensando que es un órgano de gobierno y por tanto el órgano de gobierno tiene que gobernar, y por tanto tendría que haber responsabilidades directas de los miembros de ese órgano de gobierno respecto de las competencias que tienen los jueces. ¿Qué competencias tienen los jueces? la inspección de tribunales, tienen la competencia de la formación, la vida administrativa, es decir ascensos, escalafones, todo lo que es la hoja administrativa, la vida profesional, y cada una de esas áreas donde sí tenemos

competencias tendría que tener un responsable, por tanto, el número tiene que ser reducido, seis competencias, seis vocales y un presidente, y ya está.

Q – A. Q. – ¿Tiene la percepción del público sobre el activismo judicial el potencial de afectar a la visión de la sociedad sobre las capacidades del poder legislativo?

R – D. B. – No, todo lo contrario, yo creo que el público la sensación que tiene es que es el legislativo, el que, a través del nombramiento de los vocales del Consejo, influye directamente en las decisiones de los jueces, es exactamente al revés.

Q – A. Q. – ¿No hay posibilidad de ese efecto ser al revés? Por ejemplo, en el caso del matrimonio homosexual, si hay activismo judicial empiezan a salir decisiones del poder judicial en ese sentido, eso moviliza al poder legislativo.

R – D. B. – Hay casos muy puntuales, como el tema de las cláusulas suelo de los bancos, pero son casos muy puntuales que pasan en cualquier país democrático, es decir, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, los tres poderes siempre van detrás de la realidad, los tres, por tanto, los jueces, a la vista de las resoluciones del Supremo, sí que pueden provocar una modificación legislativa, de hecho hay casos, como el de las cláusulas suelo. El caso de las cláusulas preferentes también fue otro muy importante en el que fueron las resoluciones judiciales las que fueron marcando el paso de por donde debería ir la ley, y eso provocó luego una modificación.

Q – A. Q. – ¿La justicia universal también ha cambiado algo en relación con lo que había?

R – D. B. – Exacto, hay muchos casos, el tema por ejemplo del maltrato a las mujeres, el caso de la violencia sexual, el tema de la violencia filial, para con los hijos, todas esas son cosas que van, efectivamente, las resoluciones por delante.

Q – A. Q. – ¿Es el activismo judicial bueno o malo para la sociedad y por qué? No estamos hablando de cuestiones ideológicas, de jueces estrella, aquí la idea del activismo judicial es que yo tengo que ir más allá de lo que permite la ley para poder hacer este caso justo.

R – D. B. – Yo creo que está bien, es decir, los jueces, en base a ese poder personal que tienen, tienen una responsabilidad social grandísima, entre no solo juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que en aquellos supuestos casos en los que entiendan que

se produce una situación de manifiesta injusticia, ponerlo en evidencia para que esa cuestión sea resuelta, por tanto, el activismo judicial entendido en ese sentido es correcto. Lo que no puede hacer un juez en base o apoyándose en ese activismo es saltarse la ley, dentro de lo que es el marco legal, el activismo yo creo que es correcto, y no solo correcto sino necesario, no obstante lo cual nuestra legislación, como bien sabes, tiene cauces para cuando un juez entiende que una cuestión que se le somete a su consideración, no está dentro del marco legal o debe de modificarse en ese sentido, tiene la vía de ponerlo en conocimiento del Tribunal Constitucional, para que el Tribunal Constitucional resuelva sobre el particular.

Q – A. Q. – Porque aquí no hay control de constitucionalidad difuso, o sea un juez no puede jamás decir que no aplicó esta ley porque entiende que es injusta.

R – D. B. – No, tiene que plantear una cuestión al Tribunal Constitucional, el control constitucional es muy concreto, y para el caso concreto, entonces tiene que plantearlo y de hecho el activismo judicial, no solo estrictamente en el campo de las resoluciones judiciales, sino en otros campos como puede ser, por ejemplo, la compatibilidad o la conciliación de las juezas en el ejercicio de sus funciones en relación con su maternidad, ha sido muy importante la presión que han hecho las juezas en este sentido, por ejemplo en los temas que hemos hablado antes de maltrato y de violencia de genero también es importante el trabajo que ha hecho la carrera judicial en ese sentido, también en el acceso a la justicia de los incapaces o de los que tienen limitaciones físicas para el acceso a la justicia, y luego está el activismo corporativo que es el que forman las asociaciones judiciales, aquí hay cuatro subvencionadas en parte por el CGPJ y que también desarrollan actividades de tipo cultural, de debate y elevan propuestas al Consejo y al gobierno cuando sea menester resolverlo a través del Consejo de Ministros, es decir el activismo es bueno, los jueces no son autómatas, entonces en ese sentido su percepción de los problemas sociales es más profundo que ninguno, porque están al cabo de la calle en los ámbitos críticos porque ellos solo conocen de crisis, y por tanto en esos ambientes críticos es muy fácil obtener conclusiones que luego pueden elevar para alguna consideración de otro tipo.

Q – A. Q. – ¿Usted entiende que el juez debe contaminarse con la sociedad o eso es malo?

R – D. B. – No puede ser ajeno, es absurdo, sin olvidar la ley no puede estar mirando para otro lado, es un integrante de la sociedad, pero nunca olvidando la ley, el marco de la ley es fundamental, pero dentro de ese marco de la ley es una persona que vive el día a día.

Q – A. Q. – En Brasil hay control difuso y concentrado, es decir, un juez de primer grado puede apartar una ley, decir que entiende que es inconstitucional, el efecto es solo para aquel caso concreto, no es *erga omnes*, obviamente, pero también existe el control concentrado que va directamente al Tribunal Constitucional y que da efecto para todos, pero aquí es distinto en el sentido de que si se ve que la ley es inconstitucional lo tiene que declarar el Tribunal Constitucional. La idea no es decir que es inconstitucional, sino simplemente apartarla para el caso concreto. Por ejemplo, en el caso de las hipotecas, el juez puede ver que es injusta aplicarla a un caso concreto, entonces yo busco una legislación europea que también me vale, y la aplico y digo no aplico por ahora este caso, no digo que es inconstitucional porque puede valer para otro caso... ¿Es posible que aquí un juez lo pueda hacer?

R – D. B. – Sí, porque igual que lo hace otro tribunal se lo puede revisar. Siempre el principio de doble instancia es fundamental porque te garantiza que efectivamente lo que diga un juez puede ser revisado por otro. No hay impedimento para que lo hagan, los jueces son libres para dictar las resoluciones que consideren oportuno siempre y cuando tengan una motivación legal.

Q – A. Q. – ¿Considera que el activismo judicial es apropiado para todas las sociedades o hay algunas sociedades en las que no es apropiado?

R – D. B. – Yo creo que donde es más importante es en las sociedades no democráticas, porque yo soy de los que piensan que los jueces, desde el momento en que son fieles servidores, o a la primera norma a la que deben obedecer es a la Constitución, son armas importantes en defensa de los parámetros democráticos, eso es evidente. Aquí tuvimos una mala experiencia con la dictadura porque hubo muchos jueces afectos al régimen, y por tanto eso, sobre todo en un tribunal de terribles recuerdos que fue el Tribunal de Orden Público, que fue el que juzgaba todo el activismo militante de izquierdas o demócrata, pero lo cierto y verdad es que desde ese momento los jueces y el poder judicial en su conjunto han sido un bastión importante en la construcción y en la defensa de la democracia en España, muy importante.

Q – A. Q. – ¿Es el activismo judicial solo una manera fácil de llenar los huecos entre la justicia y la ley o es una herramienta para hacer los derechos fundamentales efectivos usando la figura del juez?

R – D. B. – Mi padre siempre ponía un ejemplo que era lo del corsé, estamos hablando de la época de Franco, y él militaba en un partido demócrata moderado en la clandestinidad y yo militaba en un partido trotskista, entonces él me decía: nosotros ahora tenemos una camisa de fuerza, y mientras tú lo que pretendes es romper la camisa de fuerza y eso es imposible, yo lo que hago es me muevo dentro para ir poco a poco haciendo que la camisa coja holgura y yo me muevo dentro de esa holgura más cómodo que tú, y poco a poco, ese era el ejemplo que ponía y un poco viene al caso, es decir, yo creo el activismo judicial en general sirve para dentro del marco, del traje democrático que tenemos, buscar más comodidad, es decir, buscar más flexibilidad, más comodidad, y por tanto ajustar más la justicia a la ley.

Q – A. Q. – ¿Puede sugerir criterios para discriminar entre el activismo judicial de los jueces legítimo y el activismo personal que no hace sino reflejar opciones ideológicas?

R – D. B. – Hemos tenido un caso, muy reciente, yo detesto completamente el activismo personal cuando se hace por jueces, porque el hecho de tener ese poder, volvemos al planteamiento de esa primera idea, el hecho de tener poder personal condiciona tu vida pública, la privada no, por tanto, llevar a cabo o hacer algún tipo de activismo aprovechándose de tu condición de juez es nefasto. Hemos tenido un ejemplo hace poco, que es Santiago Vidal, este juez al que hemos suspendido por redactar la famosa constitución catalana en los períodos previos al referéndum del 1 de octubre, el ha hecho activismo por la independencia de Cataluña, él redactó, como un trabajo remunerado o no remunerado por parte de los sectores independentistas, un borrador de constitución, y no solo eso, sino que hizo activismo a favor de la independencia de Cataluña. Fue denunciado por parte de otros compañeros y luego fue apartado de la carrera, ha seguido ejerciendo su militancia, pero no como juez, sino ya como particular, y es ahora senador por parte de Esquerra Republicana de Cataluña.

Q – A. Q. – Sin embargo, ¿Hay algún caso que usted pueda mencionar de un juez que al sentenciar ha utilizado, por ejemplo, un caso ideológico, donde tal vez se estaba

intentando plantearlo dentro de la ley, pero se ve esa connotación ideológica y por lo tanto fue modificada en el tribunal, o fue penalizado de alguna manera?

R – D. B. – Hay casos, hay casos que se corrigen disciplinariamente, por eso hay una comisión disciplinaria en el Consejo. La comisión disciplinaria y el régimen disciplinario de los jueces que está en la ley orgánica plantea esa posibilidad. Hay un capítulo entero, que es el título tercero, de la ley orgánica del poder judicial que habla de la responsabilidad de los jueces, que tiene doble vía, una responsabilidad penal en el caso de que cometan delitos, entre otros está la prevaricación, que es dictar sentencia injusta a sabiendas, pero luego tienen una responsabilidad disciplinaria, con una serie de faltas, y que son de lo más amplio, por ejemplo, entre las faltas muy graves dice incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución, la afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleos o cargos al servicio de partidos políticos o sindicatos, la provocación de enfrentamientos graves con autoridades, la intromisión en el ejercicio de la potestad a juzgar de otro juez, las acciones y omisiones que den lugar a sentencia firme de declaración de responsabilidad civil, en fin, es muy amplio. Esto quiere decir que obviamente casos hay, y casos de responsabilidad penal hay, y de responsabilidad disciplinaria hay, pero son los menos, ha habido casos muy graves que han terminado con condenas, el caso Garzón es evidente, y el Supremo ha acabado condenándolo. En el caso de Garzón fue prevaricación, concretamente fue condenado, creo recordar, por el tema de las escuchas a los abogados en sede penitenciaria.

Q – A. Q. – ¿Aquí no está permitido, por ejemplo, si yo tengo indicios de que el abogado está involucrado también? En Brasil la legislación también es protectora en el sentido de no permitir escuchas, pero si hay indicios no se puede juntar en el proceso físico la escucha, pero sí se puede usar el contenido.

R – D. B. – La sentencia del caso Garzón es paradigmática en este tema, ahí te explica el porqué de cada cosa.

Q – A. Q. – Sin embargo, respecto a la cuestión ideológica en caso de prevaricación, ¿no hay ningún caso que le llama la atención?

R – D. B. – No, que yo sepa no. Ahora en el caso de la Audiencia Nacional es claro que todo el mundo sabe de que pie cojea, pero en justicia hay una cosa muy importante desde mi punto de vista, que es no solo la independencia de los jueces sino la apariencia de independencia. Es tan importante la apariencia como la realidad de la

independencia, hay que aparentar también públicamente y frente a la sociedad que eres independiente. ¿Qué ocurre? Que cuando a lo largo de tu carrera profesional esa carrera profesional la has marcado con hitos de vinculación a un determinado grupo, partido o ideología, pues luego pasa que te puedan recusar y señalar diciendo... claro, la ley tiene unos mecanismos, es decir, tu puedes ser un hombre conservador, muy conservador, o ser un hombre muy progresista, reconocidamente progresista, pero si el caso que llega a tu conocimiento no se ve afectado por esa ideología como puede ser en concreto y sobre todo si respetas la ley, nadie te puede decir nada. Y si tienes dudas de que tu ideología ha contaminado el caso concreto tienes un instrumento que se llama recusación, que es lo que ha ocurrido ahora con Gurtel, la parte que considera que los jueces están contaminados y por tanto sus resoluciones no tienen apariencia de independencia pueden solicitar que sean sustituidos. Otro tribunal decide si efectivamente esa petición es correcta o no, en el caso Gurtel ha habido dos supuestos de recusación que fueron considerados.

Los instrumentos y la ley siempre garantizan que cualquier tipo de iniciativa en ese sentido, o pretende garantizar, que tenga apariencia de, porque es muy importante la apariencia, tan importante como la independencia.

Q – A. Q. – ¿Cree usted que se crea algún problema para la división de poderes de gobierno en cuerpos separados? ¿Es hora de reconsiderar esa división de poderes?

R – D. B. – No, la división de poderes pura y dura no existe en ningún sitio del mundo, pero como filosofía de gobierno sí que es importante, como filosofía de gestión de una sociedad democrática sí es importante, saber que hay tres poderes, lo que pasa es que los tres están interconectados, ¿Quién puede dudar de que el legislativo y el gobierno no están interconectados?

Si hay un poder independiente de los otros como tal es el judicial, eso está garantizado, es el poder independiente por excelencia. ¿Qué ocurre? Que podría ser más independiente, pues sí. Corregir apariencias que luego a la sociedad le dan la sensación de que los jueces están politizados, se puede corregir, pero son los que designan entre otros, a este órgano, los que tienen esa responsabilidad, no el sistema, no la ley, la ley está bien hecha, son ellos los que lo hacen mal.

Q – A. Q. – ¿Puede usted pensar en relaciones apropiadas entre el activismo judicial, el poder legislativo y ejecutivo para que se promueva la cooperación entre estos?

La gran crítica que se hace en relación con el activismo es que al ir más allá de alguna manera el poder judicial crea derecho, esto es un hecho, entonces al crear derecho acaba chocando con la actividad legislativa.

R – D. B. – Primero, como se suele decir, niego la mayor, que el juez tiene que limitarse a la ley, no, la jurisprudencia es fuente del derecho, y por tanto lo que diga el Supremo está creando derecho. Hay muchos mecanismos a través de los cuales al legislativo se le puede marcar el paso, por así decirlo. Uno y fundamental, a través de la jurisprudencia, puede ir definiendo un camino que luego termine en una reforma legislativa, otro a través del propio CGPJ, nuestro presidente comparece todos los años ante el congreso de los diputados, da cuenta de todo lo que ha hecho y propone iniciativas de mejora, y dentro de esa capacidad de propuesta están aquellas reformas legislativas que considere oportunas. No tenemos iniciativa legislativa, es decir el Consejo como tal no tiene capacidad de elevar un anteproyecto de ley al congreso, tiene que ser solamente el congreso, pero sí puede llevar esas peticiones al congreso, de hecho, todos los años uno de los apartados que lleva el presidente siempre en su comparecencia es esta, propuestas de mejora a la vista de que somos analistas privilegiados de la situación judicial española.

Q – A. Q. – ¿Es el activismo judicial el resultado de una evolución continua de la sociedad en sentido hegeliano?

R – D. B. – Sin duda, sin duda, a medida que las sociedades van evolucionando van tomando conciencia de su papel protagonista.

Q – A. Q. – Una de las personas que he entrevistado me ha dicho que entendía que el activismo es un síntoma de que el sistema democrático no está funcionando, si estuviera funcionando bien no habría necesidad del activismo judicial.

R – D. B. – No, eso es incorrecto, eso es un mundo ideal, este señor está planteando un mundo ideal, es como decir todo funcionamiento sería maravilloso y no habría activismo y no habría nada que activar, nada que reivindicar, pues sí, desde esa perspectiva tiene toda la razón, pero es un mundo ideal absolutamente imposible de alcanzar. El activismo siempre como motor de reformas es importante.

Q – A. Q. – ¿Y cómo cree que evolucionará con el tiempo, con el desarrollo de las sociedades el activismo judicial?

R – D. B. – A medida que las sociedades van evolucionando... primero no va ni debería desaparecer nunca el activismo judicial; segundo, a medida que los jueces cada vez salen más preparados de la escuela judicial, en el caso de España, cada vez no solo salen cada vez más preparados sino que también más incorporados a la propia vida de la sociedad que les rodea, pues eso facilitará mucho que ese activismo vaya in crescendo, es decir que ellos mismos sean los cabeza de ariete que terminen por fijar bien, siempre dentro de los límites de la ley, una modernización de la administración de justicia en cuanto a estructura, en cuanto a servicio público, y una actualización de las normas a las que ellos tienen que atenerse, yo creo que ira a más, porque la gente cada vez está más preparada.

Q – A. Q. – ¿Cree usted que hay poco activismo judicial en España? ¿Sabría decirme las razones para que esto sea así?

R – D. B. – No, yo creo que no hay poco, ni poco ni mucho, yo creo que el activismo, volviendo al inicio de nuestra conversación, el CGPJ facilita mucho la libre expresión de los jueces, y no solo activamente, es decir facilitándole los medios para que ellos tengan chats, foros, comunicaciones, intranets, extranets, sino de un modo pasivo, en el sentido de... el Consejo acaba de recibir el premio a la transparencia internacional, nos lo dieron hace dos semanas, de la organización Transparencia Internacional, porque hemos creado un portal de transparencia donde aparece absolutamente todo, menos nuestras fotos y nuestros domicilios particulares, toda la actividad del Consejo, todo. Eso también genera una sensación de confianza y de seguridad en los jueces que saben perfectamente a que atenerse en cada momento, por tanto yo creo que el activismo judicial lo marca los tiempos, y ahora está muy vivo y está muy vivo porque entre otras razones desde el órgano de gobierno se ha facilitado mucho ese debate, esa amplia gestión, hasta el extremo de que primero, el Consejo subvenciona todos los años con dinero público las actividades de las asociaciones judiciales; segundo, tiene continuas reuniones con todos los órganos de gobierno del territorio, donde con plena libertad se generan debates, y luego ellos a su vez tienen como justa compensación acceso a una radiografía, un escáner del Consejo absolutamente evidente a través del cual pueden ver en que se gasta el Consejo cada euro, qué actividades tienen los vocales, qué actividad tiene el presidente, que es lo que hace y no hace, en fin, todo eso.

Q – A. Q. – Estaba leyendo un artículo en un periódico de un abogado que dice que hay demasiado activismo en España, sobre todo porque ahora se convirtió en moda el que los jueces justifiquen sus decisiones no basándose en reglas sino en principios, y que eso da un margen de mucha libertad. ¿Cómo ve usted esa cuestión de la utilización de los principios para fundamentar las sentencias, si hay algo malo en todo eso, y si es cierto? y también el otro tema es que la percepción que yo tengo es que hubo un momento bastante activista en España, pero que ahora parece ser que no lo es tanto ni tan evidente, por ejemplo, la cuestión de la justicia universal fue un activismo que extrapoló todas las esferas, la cuestión de la corrupción, sobre todo los casos de la Audiencia Nacional.

R – D. B. – ¿Por qué hay ahora menos sensación de activismo que antes? Obviamente porque cuando se nota más, cuando hay más carencias, a medida que tu vas cubriendo las carencias que te reclaman desde ese activismo, tu las vas cubriendo y el activismo va bajando, porque las peticiones o las iniciativas que lleva a cabo ese activismo son más sofisticadas. Al principio eran muy básicas, ahora son más sofisticadas, porque las necesidades básicas las vamos cubriendo poco a poco. Esa es la razón fundamental.

Sobre lo de los principios... la ley, eso también es una disertación filosófica, yo creo que evidentemente el juez está sometido al imperio de la ley, y en muy pocos casos, que yo sepa, se salta la ley a la torera, y cuando se la salta hay mecanismos de corrección, por tanto yo creo que el dictar sentencia en base a principios yo creo que es un debate muy semántico más que otra cosa, yo creo que la ley es lo que condiciona en todo caso la actuación de los jueces.

Q – A. Q. – He visto también una frase que decía que hay muy poco asunto moral o político que en algún momento no se convierte en judicial, o sea que hoy en día todo está siendo judicializado, ¿eso es bueno o malo?

R – D. B. – Es malo que se judicialice la controversia política, pero lo que es evidente es que la controversia política tiene su cauce y lo judicial tiene el suyo. Cuando en esa controversia política se comete algún delito sí que lo tiene que conocer la justicia, no puede haber impunidad salvo la que está recogida en ley para los parlamentarios en sede parlamentaria, no puede haber impunidad penal ni por supuesto civil o lo que sea. Quiero decir con esto que evidentemente no es deseable que una diatriba política, una diferencia política termine en los tribunales, pero lo que no puedes impedir es que si se ha cometido un delito o tu crees que se ha cometido un delito en esa diatriba política no lo lleves a los tribunales, porque es la única vía, ese es el tema, como principio no es

bueno que se judicialice. Ahora, si esto viene a cuento de todo el tema catalán, pasa lo mismo con lo de los presos políticos... ¿Hay presos políticos? No, hay políticos presos, que es muy diferente, es que el matiz es importante, porque hoy he estado escuchando un debate donde decía un señor algo con relación a que esto no es una democracia, y claro, si esto no fuera una democracia tú no estabas hablando por la radio diciendo que esto no es una democracia... pues lo mismo en temas de justicia, es decir, presos políticos no los hay, entre otras cosas porque aquellos que vivimos la dictadura sí supimos lo que era ser preso político, aquí lo que hay es un político que ha cometido un posible delito, y por tanto, llamar a eso judicialización de la política, a mí me cuesta trabajo pensarlo, creo que aquí se ha producido una situación muy grave, y esa situación grave ha tenido una respuesta política a través de la aplicación del artículo 155 de la Constitución, y una secuela judicial que es la que están teniendo aquí y en realidad implica una serie de decisiones, pero no dejan de ser decisiones judiciales, por cierto revisables en todo caso, y por eso es muy importante el tema de la segunda instancia que hemos hablado, el hecho de que España sea un país donde se ha generalizado la segunda instancia es muy importante, porque eso te da una cierta tranquilidad.

Q – A. Q. – ¿Y hay politización de la justicia en España?

R – D. B. – No, los jueces son independientes, y a raíz de los casos de corrupción del partido del gobierno, los múltiples y continuos casos de corrupción, hubo una frase que leí que dice que la justicia en este país dignificó al estado, porque el hecho de que hubiera tanto caso de corrupción deterioraba al estado hasta extremos insoportables. ¿Quién ha sacado la cara por el estado? La administración de justicia, pues lo mismo, no está politizada salvo en un aspecto, que no es por las reglas sino por lo mal que lo hacen los legisladores que es la elección de los miembros del consejo. Sentemos una premisa antes de todo, hablar de política no es malo, es decir cuando dicen “eso está politizado” parece que estas insultado, la política es buena y es mala, la política es la gestión de lo público, y por lo tanto si tú gestionas lo público bien la política es correcta, si lo gestionas mal la política es mala, por lo tanto politizar la justicia... esto es un órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, y por tanto es un órgano político, hace política, hace política de personal,... si eres un buen gestor estás haciendo buena política, si eres un mal gestor estás haciendo mala política. Lo que llama la gente politización de la justicia es la influencia que tienen los partidos políticos en los tribunales, y eso lo hay sin duda en la elección de los vocales del consejo, pero no porque la norma esté mal, sino

porque ellos lo ejercen mal. Hay un sector de vocales que son designados por los partidos políticos en atención a sus digamos filias ideológicas.

Q – A. Q. – Creo recordar que hubo un caso que tuvo repercusión que era un miembro del Tribunal Constitucional que parecía ser que estaba afiliado al Partido Popular e incluso pagaba... él había dicho que no había problema porque no había impedimento. ¿Eso es así?

R – D. B. – El anterior presidente, sí, dijo eso, y en principio sobre el papel no hay impedimento, lo que pasa es que estética y éticamente es horroroso, de hecho, recibió muchas críticas en la prensa. Aquí que ocurre, que los jueces no pueden militar, lo tenemos prohibido todos por ley, jueces, secretarios y fiscales lo tenemos prohibido por ley, por tanto, los jueces no pueden estar afiliados a ningún partido político, ni a ningún sindicato salvo a las organizaciones profesionales. Los vocales no jueces sí que pueden, de hecho, aquí tenemos a un vocal que ha sido miembro de la ejecutiva, del órgano más importante del Partido Socialista, lo tenemos aquí de vocal, lo cual desde el punto de vista de la apariencia no es bueno, que tengamos aquí un ex miembro de una ejecutiva. Ese impedimento es solo para los miembros de la carrera judicial.

ENTREVISTA 7

SENADOR CRISTOVAM BUARQUE

Político brasileño - Senador de la República

Realizada en marzo de 2018, vía email, desde Madrid, España

Q – A. Q. ¿Cómo cree que el activismo judicial es percibido en su sociedad?

R – S.C.B.H. Cuando se trata de luchar contra la delincuencia organizada y la corrupción, la sociedad acoge con beneplácito el activismo. Los analistas deberían preocuparse por las consecuencias posteriores de este activismo que quita el poder de la política para definir el futuro. El activismo tiene un efecto benéfico en el presente, pero representa un riesgo para el buen funcionamiento de la democracia en el futuro.

Q – A. Q. ¿Tiene la percepción del público sobre activismo judicial el potencial de afectar a la vista de la sociedad sobre las capacidades del poder legislativo?

R – S.C.B.H. El público es prisionero de los problemas inmediatos, no puede ver los riesgos futuros del activismo. Sólo celebra el encarcelamiento de corruptos, de bandidos, sin ver el riesgo del exceso de poder en manos de magistrados que no han sido elegidos en las urnas y tienen cargos vitalicios.

Q – A. Q. ¿Es activismo judicial bueno o malo para la sociedad? ¿Por qué?

R – S.C.B.H. Bueno con la actual moral, arriesgado para la democracia en el futuro. Bueno, siempre y cuando no se convierta en una dictadura de la toga en lugar de la dictadura del uniforme.

Q – A. Q. ¿Considera que el activismo judicial es apropiado para todas las sociedades o hay algunas sociedades las que es inapropiado?

R – S.C.B.H. En las sociedades democráticas el poder debe estar con los políticos electos y no con los jueces, estos solo tienen que vigilar las leyes que los primeros hicieron. En las sociedades teocráticas son los líderes religiosos, en las tribus indígenas son los ancianos quienes al mismo tiempo son padres, jueces, gurús.

Q – A. Q. ¿Es el Activismo Judicial solo una manera fácil de llenar los huecos entre la justicia y la ley o es una herramienta para hacer que los derechos fundamentales efectiva utilizando la figura del juez?

R – S.C.B.H. Puede ser una o la otra, depende de los límites que la política impone a los jueces o por el contrario, de los límites que los jueces imponen a los políticos. El problema es menos de "activismo" y más de la "usurpación" de políticos que no respetan las leyes y jueces que no respetan las urnas.

Q – A. Q. ¿Puede sugerir criterios para discriminar entre el activismo judicial de los jueces legítimo y el activismo personal que no hace sino reflejar opciones ideológicas?

R – S.C.B.H. La única alternativa es confiar en que los distintos órganos judiciales corregirán las desviaciones ideológicas personales de algunos magistrados. Para ello, sin embargo, es necesario reducir la influencia del poder ejecutivo en la indicación de los magistrados de los tribunales superiores. Los jueces de instancias inferiores deben ser elegidos por oposición y los superiores por una verdadera interacción entre ejecutivo y legislativo. Hoy en Brasil, esta interacción es ficticia: el Ejecutivo domina el proceso.

Q – A. Q. ¿Cree usted que se crea ningún problema para la división de poderes de gobierno en cuerpos separados? ¿Es hora de reconsiderar esa división?

R – S.C.B.H. Creo que la separación de poderes sigue siendo la mejor vía para la democracia.

Q – A. Q. ¿Puede usted pensar en relaciones apropiadas entre el activismo judicial y el poder legislativo y ejecutivo para que promuevan la cooperación entre estos dos?

R – S.C.B.H. No veo necesidad de cooperación, sino de interacción en la definición del papel de cada uno y en las reglas para la elección de cada uno: las reglas electorales de los parlamentarios dentro de la Constitución y el proceso de selección de los jueces sin más poder del Ejecutivo.

Q – A. Q. ¿Es Activismo Judicial el resultado de una evolución continua de las sociedades en el sentido hegeliano?

R – S.C.B.H. No. Es el resultado de los errores y omisiones de los legisladores, que no redactan las leyes con claridad, ni mejoran las leyes a la velocidad que la sociedad requiere y no cumplen plenamente con la ley, provocando la intervención del activismo judicial.

Q – A. Q. ¿Cómo cree que evolucionará con el desarrollo de las sociedades?

R – S.C.B.H. No lo sé. La inteligencia artificial podrá algún día prescindir tanto del trabajo de los parlamentarios como de los jueces.

Q – A. Q. ¿Cree usted que hay poco activismo judicial en España? ¿Sabría decirme las razones para que esto sea así?

R – S.C.B.H. El único "activismo judicial" que conozco en España fue durante el problema de la independencia de Cataluña, pero me parece que no se puede llamar de activismo sino de intervención constitucional.